POR

DON LVIS FERNANDEZ DE Cordoua y Figueroa, Marques de Priego, Duque de Feria, Marques de Montaluan, y de Villalua.

CON

Don Antonio de Yneſtroſa Montemayor, vezino de la Ciudad de Ezija.

1 PRetende el Marques que ſe confirmen las ſentencias de viſta, y reuiſta de la Chancilleria de Granada, pronunciadas, la de viſta en fauor de la Marqueſa de Priego doña Catalina Fernãdez de Cordoua, el año de 1548. Y la de reuiſta en fauor del Marques, el año de 1652. en que han ſido abſueltos, y dados por libres de la demanda pueſta a la Marqueſa doña

 Ca-

Catalina,por Antonio Fernandez de Montemayor,abuelo de dõ Antonio,que oy litiga sobre la villa de Montaluan, y su jurisdicion,y tierras,y se les impuso perpetuo silencio,y que se condene a don Antonio en la pena de las mil y quinientas doblas con que ha suplicado.

2 Y don Antonio pretende que se han de reuocar estas sentencias,y que se ha de condenar al Marques en la restitucion de la villa de Montaluan,con los frutos, y rentas della desde la ocupacion.

3 Y el hecho deste pleyto breuemente referido, ha passado en esta forma.

4 En tres de Febrero de 1491. Fernã Yañez de Badajoz, y D. Beatriz de Montemayor su muger,pidieron facultad a los señores Reyes Catolicos, Mem.num.7. para poder fundar mayorazgo de sus bienes en Alonso Fernandez de Montemayor su hijo mayor(segun don Antonio pretende:porque el Marques niega que se deua tener por prouado,q̃ aya auido esta facultad,vt infra à nu. 67.) y en los otros sus hijos,del lugar,y castillo de Montaluan,y de los demas bienes que tenian,y tuuiessen.

5 En 4. de Março del mismo año de 1491. en virtud desta facultad Fernan Yañez,y su muger hizieron escritura de fundacion de mayorazgo en Alonso Fernandez su hijo mayor, del lugar, y castillo de Montaluan,con sus terminos,prados, pastos,y jurisdicion,y vnas tierras,hazas,y otros bienes, para que los huuiesse despues de los dias de su padre, *Mem.num.* 13. *& fol.* 9. *col.* 1. *in fin.* llama a sus descendientes,y despues a los demas hijos que tenia, tiene clausula de constituto,no tiene aceptacion, ni entrega de escritura,ni el escriuano da fee dello.

6 En 16. de Agosto de 1499. Hernan Yañez otorgò su testamento cerrado debaxo de cuya disposicion muriò, y se abriò en 23. de Setiembre de 1506. *Mem.num.* 17. en que dize, que el, y su muger auian otorgado la fundacion de mayorazgo que se ha referido,y que despues han sido informados de sus Confessores, y de otras personas doctas,que no lo pudieron hazer de derecho Diuino,ni humano:porque demas de Alonso Fernandez en quien lo fundaron,tienen otros 10. hijos,que eran nacidos todos al tiempo que lo hizieron,y tenian ya adquirido su derecho,y legitima,y que en su perjuizio no lo pudieron,ni deuieron hazer,mayormẽte que el lugar de Montaluan,y las tierras de que lo fundaron, es lo principal,y mucho mas que toda la otra hazienda que tienen,

y

65

y si passara el mayorazgo a los demas sus hijos, no les quedaria con que viuir, ni sustentarse, en gran daño, y perjuizio de su conciencia, por lo qual en la mejor manera que puede, y deue, reuoca, y anula el mayorazgo, y todo lo en el contenido, y quiere que partan sus hijos sus bienes igualmente, y instituyò a todos onze por sus herederos.

7 En 2. de Otubre de 1504. Fernan Yañez, y doña Beatriz su muger, y Alonso Fernandez su hijo mayor, en quien el mayorazgo se auia fundado, parecieron ante el señor Rey Don Fernando, y dixeron, que ellos auian fundado mayorazgo en Alonso Fernãdez del Castillo, y heredamiento de Montaluan, y que porque estaua muy cercano de las villas de Aguilar, y Montilla, que eran del Marques de Priego, y auia auido entre ellos, y sus villas, y vezinos muchos debates, y pleitos, de que se les auian recrecido muchas, y grandes costas, tenian assentado por se quitar dellos, de vẽderlo al Alcaide de los Donzeles, ò al Marques de Priego, pidieron facultad a su Magestad, para que sin embargo del mayorazgo pudiesse vender el lugar, castillo, heredamiento, y tierras de Montaluan, y su Magestad de su propio motu, y cierta ciencia, y poderio Real, y absoluto, de que quiso vsar, y vsò en aquella parte, le da facultad, para que sin embargo de qualesquiera clausulas, vinculos, y firmezas que en si contenga el mayorazgo, pueda sacar, y saque el lugar, castillo, heredamiento, y tierras de Montaluan, y lo puedan vender, y vendan a qualquier persona que quisieren, con qualesquier clausulas, y firmezas que necessarias fueren, que valgan, como que el lugar, castillo, y heredamiento fuessen bienes partibles, no vinculados, ni de mayorazgo, y que en lugar del castillo, y tierras de Montaluan, que auian de enagenar, y sacar del mayorazgo lo que por ello les diessen, lo huuiessen de cõprar en bienes raizes, y meterlo en el, *Mem. num.* 25.

8 En virtud desta facultad Fernan Yañez, y su muger venden al Marques el lugar, castillo, y tierras de Montaluan, *Mem. n.* 24. en virtud de la facultad que insertan en la venta, *num.* 25. por 3. quentos de marauedis que confiessan auer recibido de su precio, con todas las clausulas, y firmezas que se acostumbran poner; la qual aprueua, y consiente Alonso Fernandez su hijo mayor, en quien se auian fundado, *Mem, num.* 26. en amplissima forma, obligandose a la euiccion, y saneamiento dello, apartandose del mayorazgo, y de todos los derechos que le podian pertenecer, y despues padre, y hijo aprueuan, y confirman la venta, y hazen

plei-

pleito omenaje de tenerla siempre por firme; *Membr. num.* 27.

9 En 27. de Setiembre de 1506. doña Beatriz de Montemayor, y sus hijos, muerto ya Fernan Yañez, *Mem. num.* 30. hazen particion de sus bienes, que importaron 4. qs. 759U195. marauedis, de que se sacaron para doña Beatriz 3. qs. de marauedis en que se auia vendido el lugar de Montaluan, y otros bienes, por otras razones, y deudas, funeral, y Missas, con que solamente vinieron à quedar por bienes partibles de todos los hijos, 409U727. marauedis, que repartidos entre onze, tocaua a cada vno 37U247. marauedis de legitima, que aun no eran cien ducados, y repartidos entre ocho, porque en este mismo testimonio se dize, que el Comendador, y otros dos hijos renunciaron la herencia, *Mem. d. nu.* 30. *in fin.* venia à tocar a cada vno de los ocho 51U215. marauedis, que son 1U506. reales.

10 De que se puede inferir con quanta razon reuocaron esta fundacion de mayorazgo, y quan sin fundamento se auia hecho, pues hijos de Caualleros tan principales con 100. ducados de legitima, ò con 1500. reales, ni era possible sustentarse, ni menos tomar estado, y no podian tener mas de padre, ni de madre, consistiẽdo el vinculo, pues todos los bienes que lleuò la madre los consumia el mayor.

11 En 5. de Março del año siguiente de 1507. D. Beatriz otorgò su testamento, *Mem. n.* 31. en q̃ reuoca el mayorazgo que ella, y su marido auian fundado en la misma forma, y por las mismas palabras que su marido lo auia hecho, y mejorò en el 3. y 5. de sus bienes al Comendador Alonso Fernandez, y a Garci Mendez, y a Iuã de Ynestrosa, y à doña Maria sus hijos, y señala bienes, y entre los que señalò al Comendador, fueron las casas principales junto à Santa Cruz, que oy tiene, y goza don Antonio de Ynestrosa, que litiga, y dexò por sus herederos a sus onze hijos.

12 Muerta doña Beatriz se hizo particion de sus bienes, como consta de vn testimonio que se refiere, *Mem. num.* 32. y que fue en 15. de Iulio del año de 1507. y que fue vno de los herederos entre quien se hizo el Comendador Alonso Fernandez, y dize, que à doña Ines vna de las hijas, le auia tocado 376U472. marauedis, y que estuuo oculta la particion hasta que vn Clerigo se la restituyò.

13 Treinta y tres años se passaron desde el de 1507. sin que el Comendador, ni otra persona alguna pidiesse nada contra el Marques, hasta que en el año de 1540. Antonio Fernandez hijo

ma-

mayor del Comẽndador, y nieto de Fernan Yañez, puso demanda viuiendo su padre, a doña Catalina Fernandez de Cordoua, Marquesa de Priego, por la villa, y castillo de Montaluan, con su jurisdicion, tierras, y heredamientos, por dezir, que auian fundado mayorazgo dellos sus abuelos, con facultad Real, y no pudiendose enagenar, la Marquesa lo ocupaua injustamente, pidio fuesse condenada a que se lo restituyesse con los frutos.

14 Esta demanda se quedò en este estado mas tiempo de tres años, hasta que muriò el Comendador: porque quando respondio a ella la Marquesa, *Mem. num.* 38. ya era muerto el Comendador, como de su respuesta consta.

15 Y el Comendador en 3. de Abril de 1542. otorgò su testamento, y mandò à Antonio Fernandez su hijo el 3. y remanente del quinto de sus bienes, y todo lo que mõtasse lo vincula conforme al mayorazgo que sus padres le hizieron, y el acetò, dexa por vsufructuaria a su muger, y a sus hijos por herederos.

16 Y en 30. de Agosto del mismo año, la muger hizo inuentario de sus bienes, y Antonio Fernandez, y doña Iuana, y doña Beatriz sus hermanas dieron poder a Antonio de Tejada, para que pudiesse recibir, y cobrar todos los bienes, y lo demas que se les deuia de la legitima, y herencia que les pertenecia por muerte de Alonso Fernandez su padre, y para que pidiesse la particion, y tomasse la possession dellos, y el Antonio de Texada en virtud deste poder acetò la herencia ante la justicia, pidio la possession de los bienes della, el juez se la mandò dar a cada vno de la parte que le tocasse, y se despachò mandamiento para ello.

17 Este estado tenian las cosas quãdo la Marquesa doña Catalina respondio a la demanda que Antonio Fernãdez le auia puesto, *Mem. num.* 38. en que dixo, que auia de ser dada por libre: porque Antonio Fernandez no probaua que Montaluã fuesse de mayorazgo: porque las escrituras que presentaua no eran autenticas, ni auia licencia para ello, y que la fundacion no auia valido, ni auia passado possession, ni derecho alguno en el Comendador, y que caso que lo huuiera auido, fue reuocable, y que Hernan Yañez, y su muger lo auian reuocado en vida, y en muerte, y mas sin duda, auiendo consentido en ello el Comendador, y que Hernan Yañez, y su muger auian vendido a Montaluan, y todo lo que le pertenecia a los predecessores de la Marquesa, y que para mayor seguridad de la venta (aunque no era necessario) sacaron facultad Real para ello, en cuya virtud la vendieron, y el Comendador lo

consintiò, y aprouò, y que el precio se auia cõuertido en vtilidad, y prouecho suyo, y en comprar la mayor parte de la hazienda, que Antonio Fernandez, y los demas sus hermanos posseian, y que Antonio Fernandez era heredero del Comendador, y el Comendador lo fue de sus padres, con que no podian impugnar la venta que auian hecho.

18 Y auiendose presentado diferentes peticiones por ambas partes, el pleito se recibiò a prueba, *mem. num.* 41. y estando concluso.

19 Se pronunciò sentencia de vista en quatro de Febrero de 1548. *mem. nu.* 44. por la qual fue absuelta, y dada por libre la Marquesa de todo lo contra ella pedido, y demandado por parte de Antonio Fernandez, al qual pusieron perpetuo silencio, para que sobre ello no le pida, ni demande cosa alguna en ningun tiempo.

20 Desta sentencia se suplicò por Antonio Fernandez en dos de Março de 1548. *mem. num.* 45. pretendiendo que se auia dereuocar por las causas contenidas en su demanda, y otras muchas que alegò, que contienen mas de tres hojas del memorial, y se ofreciò a probar. Y el pleito al parecer corria con tal desestimacion en la Chancilleria de la pretension de Antonio Fernandez, que la Marquesa sin hazer caso dellas, y sin tratar de satisfazerle, ni responderle, concluyò sin embargo de todo ello, *mem. n.* 46.

21 Nouenta y quatro años despues que esto passò, Don Antonio de Ynestrosa, nieto de Antonio Fernandez, que auia puesto la demanda en 24. de Febrero de 644. hallandose Corregidor de Granada, con la ocasion de su assistencia, saliò en la Chancilleria oponiendose a este pleito, suplicando de la sentencia de vista, y pidiendo que el Marques Don Alonso Fernandez de Cordoua, que entonces posseia los Estados, fuesse condenado a que le restituyesse a Montaluan, por las mismas causas, y razones que su abuelo auia alegado, *mem. n.* 47.

22 Emplaçado el Marques D. Alonso, *mem. n.* 47. *in fin.* y por auer muerto en aquel tiempo, se hizo lo mismo con el Marques Duque Don Luis Fernandez de Cordoua su hijo, *mem. numer.* 56. ambos pretendieron, que no tenian obligacion de responder a la oposicion, porque aquel pleito estaua fenecido, y acabado, y auia auido en èl sentencia de reuista en fauor de los Marqueses, y q̃ esta la auian quitado del pleito Antonio Fernandez, y sus Agentes, y los de Don Antonio, porque auian tenido el pleito en su poder en aquel tiempo que auia passado, y que no solo auian quitado

del

del pleito la sentencia, sino muchas escrituras, autos, y papeles que hazian en fauor del Marques, por lo qual se querellaron de todos *mem.num.* 49.*y*.50.*y* 55. y diò informacion de como lo auian tenido en su poder los Agentes de la parte, *mem.nu.*53. y hizo demõstracion de los instrumentos, y autos, y hojas que faltauan, *mem.n.* 49.*y* 55. y assimismo alegaron que estaua prescripta la instancia, *mem.num.* 49. y sin embargo se mandò que respondiessen derechamente, *mem.n.*49.*in fin.& n.*51.

23 El Marques Don Luis respondiò a esta oposicion, *memor. num.*57. y recibido el pleito a prueba, y hechas probãças por ambas partes, y concluso.

24 Se pronunciò sentencia de reuista en 2. de Agosto de 652. en que se confirmò la de vista en todo, como en ella se contenia, de que se ha suplicado por Don Antonio con la pena, y fiança de las mil y quinientas.

25 Este hecho supuesto, se fundarà la justicia del Marques, diuidiendo este papel en quatro articulos.

26 El primero, que no siendo este pleito claro, notorio, y euidente por parte de Don Antonio de Ynestrosa, no puede vencer.

27 El segundo, que no solo no lo es, sino que es claro por el Marques, porque la fundacion de mayorazgo que hizieron Fernã Yañez, y su muger, ni valiò como contrato, ni en virtud de la facultad que se pretende obtuuieron de los señores Reyes Catolicos para ello.

28 El tercero, que aun en caso que huuiera valido la fundacion, la pudieron reuocar Fernan Yañez, y su muger en todo, ò en parte, como lo hizieron, sin tener necessidad de ganar facultad para ello.

29 El quarto, que auiendo ganado la facultad Real que obtuuieron Fernan Yañez, y su muger, y el Comendador Alonso Fernandez su hijo, en quien se fundò para poder vender a Montaluã, como cõ efecto lo vẽdierõ al Marques dõ Pedro, es llana, notoria, y euidẽte la justicia del Marques, y q̃ no tienẽ fundamẽto las oposiciones que contra la fundaciõ se hazẽ, y mucho menos teniendo, como tienen los Marqueses de Priego 150. años de possession.

Articulo Primero.

Que no siendo este pleito notorio, y euidente por Don Antonio de Ynestrosa, ha de vencer el Marques.

30 Es el Marques reo en este pleito, por ser a quien Montaluan

uan se pide, §. *Commodum, instit. de interdict.* Cancer. 3. *part. cap.* 1. *num.* 53. Post. *de manut. obseru.* 1. *num.* 3. y por ser quien la possee, §. *retinendæ, instit. de interdict.* Paz *de tenut. c.* 69. *n.* 1.

31 Y como reo, y posseedor en caso claro por si, y en el dudoso se ha de determinar en su fauor.

32 Como reo, vt in *l. fauorabiliores* 168. *ff. de regul. iur.* §. *Retinendæ in fin. instit. de interdict.* ibi: *Propter quam causam, obscura sunt vtriusque iura, contra petitorem iudicari solet, l. Arrianus, ff. de oblígat. & act.* donde en duda se absuelue al reo, *l. cum te, & l. mercalem, C. de cōdict. ob turpem cau*s. donde sucediò lo mismo, *cap. vlt. in fin.* & ibi glos. verb. *humaniorem, de transact.* aunque el reo no tenga, ni pruebe derecho alguno, *d.* §. *Retinendæ, instit. de interdict.*

33 Y como posseedor es lo mismo, *l. vti frui, ff. si vsusfructus petat.* ibi: *Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarius ius vtendi non habet, vincet tamen hoc iure, quo possessores potiores sunt, licet nullum ius habeant.* y alli la glos. verb. *potiores*, dize: *Etiam si ipse fructuarius, qui est in possessione, nihil probet, l. fin. C. de rei vindicat. l.* 1. §. 1. *ff. si pars hæredit. petat. dict.* §. *Retinendæ*, ibi: *Commodum autem possidenti in eo est, quod etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit, suam esse probare, remanet in suo loco possessor*, de que infiere auerse de determinar contra el actor, en caso de duda, illic: *Propter quam causam cum obscura sunt vtriusque iura contra petitorem iudicari solet*, y en fauor del posseedor, que en caso de duda ha de vencer, *l. in pari, ff. de regul. iur.* vbi Cagnol. *num.* 1. & 2. *cap. in pari, de regul. iur. in* 6. Surd. *consil.* 151. *num.* 120. *lib.* 2.

34 Y como assisten estas reglas al Marques por qualquiera destos dos medios, quien viniere a quitarle esta Villa, ha de probar claramēte que le pertenece, *l. Diui fratres*, 27. §. *Quod si. ff. de liber. caus.* ibi: *Nisi magna causa suadeat, & euidentes probationes suggerant, secundum libertatem pronuntiandum*, y mas claramente: *Si enim liquebit, contra libertatem dabit, l. nuptura, ff. de iur. dot.* ibi: *Nisi euidentissime contrariū probetur, l. libertas*, §. *fin. ff. de manu. testam.* ibi: *Nisi aliud sensisse patrem familias manifestissimis rationibus probauerit.*

35 La tercera causa es, tener el Marques sentencias de vista, y reuista en fauor conformes, que tienen fuerça de executoria, *l.* 8. & 15. *tit.* 20. *lib.* 4. *Recop.* y passan la carga de auer de probar, y justificar notoriamente su derecho en el contrario, Innocent. *in cap. bonæ memoriæ, num.* 2. *de postulat. prælator.* Abbas *in cap. cum venissent*,

 68

*sent, num.*8.*de constit.*Alexand.*cons.*219.*numer.*17.*lib.*6. Otalor.*de nobilit.*3.*part.cap.*5.*num.*1.Garcia *de nobilitat.glos.*8.*num.*2. *& per totum.*

36 El quarto se deduce del conocimiento continuado, que tacita, y virtualmente han hecho los autores de Don Antonio, de la justicia con que la Casa de Priego possee a Montaluan, y falta de la suya, porque Fernan Yañez, ni su muger, ni el Comendador su hijo pidieron nada en su vida, y aunque Antonio Fernandez su nieto le puso demanda por ella, fue casi quarenta años despues de auerse vendido, estando todo este tiempo, ò persuadido de que no la tenia, ò a lo menos dudoso, y auiendose vencido por la sentencia de vista, quando totalmente no acabasse de perder el pleito, como el Marques pretende, lo dexaron por perdido casi por cien años, que es presumpcion vrgentissima de la gran desconfiança q̃ tenian de su justicia, *cap.*1.*de frigid.& maleficiat.* ibi: *Cur tandiu tacuit, l.si quis forte,* §.1.*ff.de pœnis, cap.Christianus* 11. *quæst.* 1. ibi: *Quia iudicium refugit, apparet eum de iustitia difissum,* Roman.*cons.* 169.*num.*3. Afflict.*decis.*13.*num.*22.*&* 27. Menoch. *de arbitr. cas.* 91.*num.*1.*& lib.*2.*præsumpt.*91.*num.*7.ibi: *Itaque præsumitur fauere malam causam, qui diu distulit mouere iudicium, quod iam ante mouere debebat,* & ibi: *Vel quod tandiu distulit agere, quod aduersario perierint defensiones.* {qui dice tacuit

37 Lo quinto, y vltimo, por la grande dificultad que tuuiera poder ajustar la materia, en caso de sucesso contrario, pues en lugar de vnas chozas de vnos pobres labradores, que tenia Montaluan quando se vendiò, se halla oy vna ilustre villa de mas de 600. vezinos, con el titulo de Marques del primogenito de tan gran Casa, y sin que se sepa, ni pueda ajustar, que es lo que se vendiò mas q̃ el Castillo, y estas chozas, con que no era possible dar punto fixo a la condenacion.

38 Y si cada vno destos fundamentos era bastante para vẽcer el Marques en caso claro, y dudoso, todos juntos mas fuertemente han de obrar, para que no pueda ser vencido, sino es en caso euidente contrario, arg.*l.si non lex, ff.de hæredib.instit.* §. *Sed hodie, instit.de adoption.l.*1.*ff.de priuileg.credit.*Raudens.*cons.*14.*n.*21. Lara *de Capellan. lib.*2.*c.*3.*n.*34.

39 Y no solo no se podrà mostrar por parte de Don Antonio, que tiene la justicia notoria, y euidente que ha menester para vencer, pero ni que tiene alguna, porque està de parte del Marques, como se harà mencion dello en los articulos siguientes.

 Ar-

Articulo Segundo.

Que la fundacion de mayorazgo que hizieron Fernan Yañez, y ſu muger, ni valiò ſegun derecho, ni en virtud de la facultad Real, que ſe dize auerſe ganado para ello.

40 Eſta fundacion de mayorazgo q̃ Fernan Yañez, y ſu muger hizierõ, ni valiò ſegũ derecho, ni en virtud de la facultad Real que ſe pretende ganaron para ello, por los fundamentos ſiguiẽtes,

Refierenſe los fundamentos que ay, para q̃ ſegun derecho no valieſſe eſta diſpoſicion.

41 Lo primero, porque es regla cõſtante, que por derecho comun, y del Reyno, antes de las leyes de Toro, no valia la donacion que el padre hazia al hijo, que tenia en ſu poteſtad, pruebaſe llanamente *in l. donationes quas parentes* 25. *C. de donat. inter. l. cũ de bonis* 11. *C. de donat. l. Pomponius Philadelphus* 36. *ff. fam. erciſcũd. l.* 2. *C. de inofficioſ. donat.* y con mayor expreſsion la *l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *in fin.* que dixo: *Mas ſi el padre dieſſe algo de lo ſuyo a alguno de los fijos non valdria, ca el fijo a quien lo dieſſe, ſi huuieſſe otros hermanos, tenudo ſeria deſpues de muerto ſu padre a deducirla, è meterla a particiõ con ellos, ò recebirla en ſu parte, entregandoſe cada vno de los otros hermanos otro tanto como valieſſe la donacion que le diò el padre.* Y lo cõprueban, y exornan Pedro Gregorio *lib.* 28 *ſintagmat. cap.* 9. *num.* 8. & 9. Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *cap.* 132. *num.* 1. & *lib.* 3. *præſumpt.* 29. *num.* 1. Anton. Fab. *lib.* 7. *coniect. cap.* 11. *col.* 3. & *cap.* 12. *de error. decad.* 42. *error.* 2. *per tot. part.* 2. & *decad.* 13. *error.* 5. *num.* 8. *part.* 1. Anton. Amat. *poſt deciſ. in repet. leg. emancip. num.* 238. *C. de collat.* & *deciſ.* 147. *à num.* 11. Camil. Borrel. *in ſumm. deciſ.* 3. *part. tit.* 9. *num.* 149.

42 Y de los Autores del Reyno, Robles *de repræſentat. lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 38. Cardoſ. *in prax. iudic.* verb. *donatio, nu.* 86. Gom. Arias *in l.* 17. *Taur. num.* 7. vbi Caſtill. *gloſ.* 1. Ant. Gom. *nu.* 4. Tell. *num.* 1. Sùar. *in l. quoniam in priorib. in princip. num.* 4. vbi Bald. *lit. F. tit.* 11. Burg. de Paz *conſ.* 14. *à nu.* 12. Gutierr. *de iuram. part.* 1. *cap.* 4. *à num.* 1. Matienç. *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *gloſ.* 7. *num.* 1. Angul. *in d. l.* 1. *gloſ.* 1. *tit.* 6. *num.* 2. *lib.* 5. Zeuall. *quæſt.* 245. *num.* 8. Cancer. *variar. tom.* 1. *part.* 1. *cap.* 8. *nu.* 51. & 85. Fontanell. *de pact. nuptialib. clau-ſul.*

ſul.4.in princip.num.2.& d.clauſ.4.gloſ.7.part.1.à nu.56. maxim. *num.*68.D.Franc.Hieronym.de Leon *deciſ.Valentin.* 12. *num.* 7. *lib.* 1.Narbon.*in l.*33.*tit.*3.*lib.*4.*Recop.*Gregor.*in l.*3.*tit.*4.*part.*5. *gloſ.*1.vbi Hermoſill.*d.gloſ.*1.*num.*13.*fol.*230.*tom.*1.

43 La razon mas comun deſta concluſion es, que como por la patriapoteſtad todo lo que el hijo adquiere es para el padre, *l.* 1. *ff.ſiquis aparent.fuer.manumiſ.l.placet,ff.de adquir.hæred.* §.2.*inſtit. per quas perſon.nobis adquiritur*, viniera a darſe que lo miſmo que el padre dona ſe le boluiera à adquirir à ſi miſmo, y fuera como que el à ſi propio ſe donara, auiendo de auer diferencia Real entre el donador, y donatario, *l.ſi quis pro eo* 57.*ff.de fideiuſſorib.* Y porque nadie ſe puede obligar à ſi miſmo, *d.*§.1.Bald.*in l.*2.*num.* 1.*C.de inofficioſ.donat.*Gail.*lib.*2.*obſeruat.*38.*nu.*2.Gutierr.*de iuram.part.* 1.*cap.*4.*num.*2.Capic.*deciſ.*56.*num.*2.Fontanel.*tom.*1. *clauſ.* 4. *gloſ.*7.*part.*1.*à num.*69.Hermoſill.*in d.l.*3.*tit.*4.*partit.*5.*gloſ.*1.*nu.* 13.*in fin.*

44 Y aſsi para que valga, y pueda algun tiempo confirmarſe, y tener validacion, requieren comunmente tres coſas. La vna, que en vida le aya entregado la coſa que le aya donado. La ſegunda, que el padre perſeuere en aquella volũtad haſta la muerte. Y la tercera, que el hijo ſobreuiua al padre, Fachin. *lib.* 3. *controuerſ.cap.*7.Auendañ.*in l.*44.*Taur.gloſ.*9.*num.*1.Cancer.*variar. part.*1.*cap.*8.*num.*52.& 53.a que añadio Camill. Botell. *in ſumm. deciſ.tit.*10.*num.*122.que auia de ſer la donacion moderada, y no exceſsiua, y todas quatro las juntò Hermoſill.*d.gloſ.*1.*num.* 19.*fol.* 231.*tit.*1.y aqui todas faltaron: porque no tuuo entrega de los bienes; ni perſeuerancia del padre: porque reuocò; ni donacion moderada, porque fue exceſsiua, y aſsi ni valiò, ni ſe confirmò en tiẽpo alguno.

45 El ſegundo fundamento, para que no valieſſe eſta diſpoſicion es, que tampoco vale la donacion q̃ ſe haze al auſente, quãdo èl no la acetò, ni otro por èl, *l.neque ambigi,C.de donat.l.etiam, l.abſenti,ff.eod.l.in omnibus,ff.de actionib.& obligat.* gloſſa communiter approbata *in l.illud.*verb. alia cauſa *C.de Sacroſanct.Eccleſ.* Bertrand.*conſ.*173.*num.*14.*lib.*1.Natta *conſ.*94.*num.*5.Dec.*conſ.*432. *num.*26.Celſ.Hug.*conſ.*64.*num.*7.Oldrad.*conſ.*94.*num.*4.Guid. Pap.*deciſ.*222.Mainard.*deciſ.*7.*lib.*4.Capit.*deciſ.*180.*numer.*8.Iul. Clar.§.*Donatio,quæſt.*12.*num.*1.Theſaur.*deciſ.*70.*num.*1.Mantic. *de contract.lib.*3.*tit.*7.*num.*1.Menchac.*controuerſ.illuſtr.capit.*62. *num.*10.Cancer.*variar.tom.*1.*cap.*8.*num*36.Anton.Faber. *de erro-*

69

Et hic redditur ratio

Donationis fundamentum que requirantur ad hoc ut donatio teneat

2 fundamentum donationis

*rorib.pragmat.decad.47.error.1.& 2.*Hermosill.*in l.3.tit.4.part.5. glos.1.numer.8.& 9.fol.245.tom.1.*Gregor.*in d.l.3.glos.*

46 Lo qual procede sin embargo de la *l.2.tit.16.lib.5.* Greg. *in dict.l.3.tit.4.part.5.glos.1.*vers. *Sed an hodie*, Didac. Perez *in addit.ad Segur.in repetit. l.filius dum in ciuitate,num. 75.ff. de verbor. oblig.* Ioann. Orosc. *in l.iuris gentium,§.Igitur nuda.numer.27.ff.de pact.* & post alios Matienc. *in l.3.tit.10.lib.5.Recop.glos.2.num.16.* Sanchez *de matrim.lib.1.disput.6.num.20.* Y aqui no huuo acceptacion por parte del hijo menor, ni de otro alguno, y de aquellos en cuyo fauor se hizo, no valiò.

47 El tercer fundamento contra la fundacion de mayorazgo es, que en quanto tocò, y se hizo de lo que podia ser legitima de los hijos, de ninguna manera valiò, ni se pudo hazer sin consentimiento suyo, *l.quoniam in prioribus,C.de inoficios.testam. l.si quando,§.Et generaliter,& §.Illud,C.eod.* D. Molin. *lib.1.cap.3.num.7.* & plures referens D. Castil. *tom.5.cap.67.à num.52.& cap. 107. à num.46.* Anton. de Amat. *decis.46.num.12.* Addent. à D. Molin. *d. lib.2.cap.3.n.7.* D. Larr. *tom.2.decis.36.n.8.*

48 Y que aqui quedassen prejudicados en ellas, es constante, pues el mayorazgo se componia de casi todos los bienes que tenian, como se comprueba de lo que queda referido sup. *num.* 6 et 9 *& num.* .y assi era necessario que huuiesse consentimiento expresso, y especial de los hijos, para que valiesse; y no bastara para ello general, y mucho menos el tacito, *l.si quando 35.§.& generaliter,C.de inoficios.testam.*ibi: *Nisi hoc specialiter, siue in apocha, siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit quod contentus relicta, vel data parte de eo quod de est nullam habeat quæstionem; tunc enim omni exclusa querella paternũ amplecti cõpelletur iudicium,l.6.*vers. *Otro si dicimos.tit.8.part.6.* Roderic. Suar. *in l.quoniam in prioribus, ampliat.9.num.4.*vers. *Sic ergo,* Cald. Pereir. *respons.4.pro Societ.Ies.nu. 4.in fin.* Peregr. *de fideicom.art.51.num.23.in fin.& art.36.num.82. 89.& 98.* Morquech. *de diuis.bonor.lib.4.cap.4.num.21.* Surd. *de aliment.tit.9.quæst.15.num.4.* Mantic. *de coniect.lib.7.tit.8.num.8.* Stephan. Gratian. *tom.2.cap.247.num.28.& 32.& tom.4.cap.627.nu. 23.& cap.751.nu.20.21.& 22.*illic: *Et vltra dictum grauamen etiã postea est necessarius consensus filij, qui in tali approbatione voluntatis partis expresse suæ legitimæ renuntiet, quia alias aprobatio simplex sine istis requisitis non præiudicaret,* Cancer. *variar.tom.1.cap.3.num. 44.* Castill. *lib.5.cap.107.num.54.* Y no auiendo auido consentimiẽto de ninguno de los hijos para esta fundacion, de ninguna manera valiò.

Pon-

Ponderanse las oposiciones que contra estos tres fundamentos se hazen, y se responde a ellas.

49 Contra el primero fundamento, de que antes de las leyes de Toro no valia la donacion que el padre hazia al hijo, propuesta sup. *num.* 15. replican. Lo primero, que por la *l. 17. de Toro* se corrigiò esta disposicion del derecho comun, y se permitiò al padre poder hazer donacion al hijo, y que por ser las leyes de Toro declaratorias, comprehēden los casos passados, *l. 6. tit. 1. lib. 2. Recop.*

50 Lo segundo se opone, que Montaluan fue de la dote de Doña Beatriz de Montemayor, y que en la madre no auia prohibicion de donar, ni la patria potestad, que era la causa della, por lo qual la donacion que hizieron auia de valer.

51 Pero se responde al primero. Lo vno, que las leyes de Toro son en dos maneras, vnas declaratorias de los casos dudosos q̃ entonces se controuertian, y otras correctorias del derecho comun, como notò Burg. de Paz *en el proemio dellas, n.* 435.

52 Y en las leyes declaratorias, aun negò que pudiesse decidir, ni determinar los casos passados, P. Molin. *tom. 3. tract. 2. disput. 627. nu. 5.* afirmando que no auia potestad en el Principe para ello, y antes auia sentido lo mesmo Ias. *in l. non dubium, numer. 15. C. de legib.* Ioann Orosc. *in l. omnes populi, num. 131. ff. de iust. & iur.* y a esto mirò Mier. *de maioratib. 1. part. quæst. 22. numer. 269. in 2. edition.*

53 Lo segundo se responde, que quando las leyes de Toro no son declaratorias, sino correctorias, ò dispositiuas de nueuo derecho, entonces no se extiende, ni pueden comprehender los casos passados, sino solo los futuros, segun la regla de la *l. 3. l. leges 7. C. de legib.* y asi lo nota el mismo Burgos de Paz *in dict. proœm. num.* 438. Mier. *de maiorat. 2. part. in initio, num. 177. & 178.* y la *l. 17. de Toro* no es declaratoria, sino correctoria, como afirman Anton. Gom. *in l. 17. num. 4.* Auendañ. *glos. 6. num. 3.* Mier. *1. par. quæst. 30. num. 81. & 83.* y otros muchos que refiere, y sigue Hermosill. *in l. 3. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 38.* Y asi ni pudo comprehender este, como caso que auia precedido, ni limitarlo.

54 La tercera respuesta es, que es mas solemne, y cierta limitacion, que si en el medio tiempo que huuo entre là disposicion, y leyes de Toro, se adquiriò derecho a algun tercero, en tal caso no pudieron las leyes determinar nada en perjuizio suyo, ni quitarselo, ni alterarlo, ni se puede presumir que el Principe con su ley, ò

prematica tal cosa quisiesse hazer, como en terminos resueluen Burg. de Paz *cons.* 14. *num.* 22. ibi: *Neque dict. lex 17. Taur. ad hunc casum est trahenda, siquidem ante eam hæc lex erat iam perfecta, & decissa ex maiori casu edito in dicto testamēto post dictam meliorationem, & ex eo ius dictis substitutis quæsitum*, Mier. *dict.* 2. *part. in initio, nu.* 179. *in fin. & num.* 180. ibi: *Et fallit etiam dict. lex 6. nisi in medio ius sit quæsitum tertio, quia tunc lex ad præterita non extenditur non obstante, dict. l. 6. & part.* 1. *quæst.* 44. *num.* 65. ibi: *Ex quibus singulariter infertur, quod licet leges Taur. dicantur esse non correctoriæ, sed declaratoriæ legum antiquarum, vt tradunt Ioann. Lopet. & cæteri, tales leges declaratoriæ non debent extendi, nec trahi in præiuditium tertij ad præterita, sed solum modo ad futura negotia*, P. Molin. *tom.* 3. *tract.* 2. *disput.* 627. *num.* 4. *in princ.* ibi: *Princeps autem Consiliarijque ipsius nihil de nouo possunt statuere circa successionem in Regno, ac republica ipsa statutam aliquid augendo, aut minuendo, vel etiam declarando quo ius vni tribuatur, aut ab alio auferatur etiam in posterum, sed id ad Rempublicam totā expectat antequam alicui ius adquiratur, & neque respublica ipsa id potest postquam iam ius fuerit alicui quæsitum vi primi Regni institutionis, quare esto lex 40. Tauri intendisset comprehendere Regnum ea sanctione (quod tamen est falsum) sane id omnino esset inualidum*, D. Larrea *decis.* 11. *num.* 16. ibi: *Inde ad leges Taur. desumens interpretationem, vt quamuis non sint correctoriæ, sed declaratoriæ legum antiquarum, vt tradit Ioann. Lopet. & cæteri tamen eas leges non debere extendi ad præterita, vt operētur præiuditium tertij*, y lo mismo repite *d. disp.* 11. *n.* 60.

55 Y auiendose hecho esta fundacion el año de 1491. *memor. num.* 4. y las leyes de Toro promulgadose el año de 1505. *vt in l.* 6. *tit.* 7. *lib.* 2. *Recop.* Y auiendose vendido a Montaluan al Marques en el medio tiempo, que fue en el año de 1503. y 1504. no era possible que las leyes de Toro pudiessen hazer valida la donacion en perjuizio suyo.

In quo anno promulgatæ fuerunt leges Tauri

56 A la segunda oposicion propuesta *num.* 24. de que Montaluan auia sido de la dote de Doña Beatriz de Montemayor, y q̄ la madre no tenia prohibicion de donar; se responde. Lo primero, que la madre no puede hazer donacion al hijo que està en potestad del padre, porque se adquiere al padre, y esto es prohibido, *l.* 3. *§. Qui in eiusdem potestate, ff. de donat. inter.* illic: *Secundum hæc si mater filio, qui in patris potestate est donet, nullius momenti erit donatio, quia patri quæritur, l. si vxor viro, ff. eod.* y lo comprueban Palacios Rub. *in rubric. de donat.* §. 42. & 43. Mantic. *de contract. lib.* 21. *tit.*

Mater non potest donare filio in potestate patris quia patri adquiritur

*tit.3.num.*18.Sanchez *de matrim.lib.6.disput.36.numer.*10. Mar. Gutel.*tom.1.de donat.tract.1.discurs.3.part.1.num.4.fol.*453. Paschal.*de virib.patr.potest.1.part.cap.4.num.22.*ibi: *Quia regula ampliatur, primo vt etiam mater non possit donare filio existenti sub patria potestate, nam cum donationes inter coniuges sint quoque prohibitæ toto tit. ff.& C. donat.inter virum,& vxor.& illa bona donata filio à matre adquirerentur quoad vsumfructum patri, l.cum opportet, C.de bonis quæ liber.merito huiusmodi donatio est quoque prohibita, ne per indirectum fiat fraus legibus prohibentibus donationes inter coniuges.*

57 Y que Alonso Fernandez de Montemayor, hijo mayor de los Fundadores, y los demas que tenian estuuiessen en su patria potestad, se hà de entender, y assi se presume, no probandose lo contrario, Bertrand.*cons.195.num.2.lib.1.& cons.4.nu 8.lib.2.*Paleot. *de Nothis,& spuri.c.20.in fin.* Menoch.*lib.6.præsump.55.n.2.& 8.*

58 Y en los casos que la madre podia donar al hijo, que era no estando en la potestad del padre, auia de ser no prejudicando a los demas hijos en sus legitimas, para que son textos expressos la *l.si mater 7.si liqueat.8. C. de inoficios.donat.l.Titia,§.Imperator.ff. delegat.2.*Bald.*cons.22.& cons.81.lib.5.*Dec.*cons.246.nu.4.*Tusch. *litt.D.concl.673.num.49.*Y siendo Montaluan la principal hazienda que tenian, vt sup.*num.* 9 no se podia dar al vno en perjuizio de otros diez hijos.

Mater potest donare filio a Patris potestate exuto dum modo aliis filiis non prejudicet

59 La segunda respuesta es, que no consta que Montaluan fuesse de la dote de Doña Beatriz de Montemayor, porque para esto la que se llama carta de dote, no son mas que vnas hojas sueltas sin signo ni firma de Escriuano alguno, ni tiene fecha, ni otorgamiento, ni consta ante quien passò, ni ay protocolo, ni original, ni traslado della, ni que lo aya auido, *mem.num.5.in fin.* con que es vn papel simple que en nada prueba, *l.scripturas, C.qui potiores in pignor.* Mascard.*de probat.conclus.*111.& 1300.*à num.*9.Stephan. Gratian.*decis.*104.*à num.*1.Pareja *tit.1.resol.3.§.3.num.*28.& §.5.*num.*5.

instrumenta simplicia non probat

60 Y aunque se replica, que las hojas que faltan se han rasgado, y quitado del pleito, y que la escritura al principio estaua entera; pero se responde, que desto no consta, ni se ha probado, que en tiempo alguno aya estado cabal, ni se presume, sino lo contrario, de que ha estado, como està, aunque sea instrumento antiguo, Garcia *de nobilit.glos.4.num.*31.Peregrin.*de iur.Fisc.lib.6.tit.8.nu.*26.Pareja *tit.1.resol.3.§.3.num.*76. Ni estas hojas se pueden lla-

tirar

mar instrumento antiguo, pues auiendose de quitar el tiempo que han estado en el pleito, Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. §. 3. *nu.* 83. venia a tener pocos años de antiguedad quando se presentò.

61 Quitado este papel solo queda la particion que se hizo de los bienes de Fernando Yañez, en que se insinua, que era de Doña Beatriz, por auerse dicho que se sacaua del cuerpo de bienes 3. qs. de marauedis del lugar de Montaluan, que traxo al matrimonio, *mem. n.* 30. *& sup. n.* 9

62 Pero esto no es bastante para probar el dominio, porque los instrumentos por si solos no prueban, aunque sean muchos, vt notant DD. *in l. cum res* 12. *C. de probat.* Mascard. *de probat. conclus.* 541. *à num.* 1. *cum seqq.* Tusch. *litt. D. conclus.* 611. *num.* 34. Afflict. *decis.* 40. *num.* 1. Æmil. Beral. *decis.* 280. *part.* 1. Rot. apud Farinat. *decis.* 12. *num.* 10. *part.* 3. *in nouissim.* y mucho menos se prueba por vno solo, aunque sea antiguo, Socin. *cons.* 266. *numer.* 12. *lib.* 2. Socin. Iun. *cons.* 91. *num.* 22. *lib.* 2. Barbos. *in l. si alienam* 12. *num.* 86. *ff. solut. matrim.* ibi: *Et si cum per vnum instrumentum antiquum non possit dici probata fama, neque per illud censebitur probatum dominiũ,* Sesse *decis.* 191. *à numer.* 20. aunque el instrumento fuesse de dote, Mascard. *dict. concl.* 541. *à num.* 4. illic: *Primo infertur, vt per instrumentum dotis non probetur dominium, sed debeat probari legitimis modis,* ni por el de particion, Alexand. *cons.* 87. *num.* 4. *tom.* 6. Mascar. *dict. concl.* 641. *num.* 5. ibi: *Secundo infertur, vt dominium non probetur per instrumentum diuisionis, vt cauet Alex. &c. Et hoc siue dominium sit directum, siue vtile.* Ni por el de la misma venta que se hizo al Marques, vt pluribus comprobat Pareja *tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *numer.* 79.

Instrumenta non probat dominium

63 Ni obstara dezir que fueron autores del Marques, y que no les puede refricar la question del dominio de Montaluan, que dellos comprò; porque la mas verdadera sentencia es, que el sucessor particular en vn juizio de reivindicacion, hallandose posseedor, puede negar a su autor el dominio, aunque tenga causa de èl, y el otro lo ha de probar plenamente, y sino quedaria vencido, *l. si quis ad probationem* 23. *l. si quis conductionis* 25. vbi Cin. Bald. & ordinarij, *C. locat.* glos. *in cap. inter dilectos,* verb. *locatio, de fid. instrument.* Bart. *in l. legata in vtiliter, nu.* 3 *ff. de adimend. legat.* Alexan. *cons.* 12. *num.* 4. *vol.* 4. Afflict. *decis.* 14. *num.* 8. Gregor. *in l.* 18. *tit.* 8. *part.* 5. verb. *a su señor,* Villalob. *commun. opin. litt. D. nu.* 133. Mascard. *d. concl.* 542. *n.* 8.

In rei vindicatione dominium debet probari & que infra referuntur.

64 Y para auerlo de probar plenamente Don Antonio en la

per-

persona de Doña Beatriz, y en la de Fernando Yañez, como deue, eran necessarios quatro requisitos. El primero, titulo habil para trasferirlo. El segundo, numeracion de precio, si interuiniere en el contrato. El tercero, que aya entrega de possession, que no estè ocupada por otro. El quarto, que el que compra, ò a quien se entrega la cosa, aya posseido tanto tiempo, que la haga suya, arg. *l. numquam nuda* 31. *ff. de adquir. rer. domin. l. cum res* 12. *C. de probat.* tradunt Bald. *dict. l. cum res, num.* 4. & 7. Paul. de Castr. *num.* 1. & 10. Paris. *consi.* 104. *num.* 98. *cum duob. seqq.* Menoch. *de arbitrar. libr.* 2. *cas.* 42. *num.* 6. Mascard. *de probat. concl.* 538. *num.* 1. & 2. Tusch. *litt. D. conclus.* 611. *num.* 115. & *lit. R. concl.* 117. *num.* 30. & *seqq.* Æmil. Beral. *decis.* 281. *num.* 1. *part.* 1. y todo este discurso lo comprueban Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. § 2. *à num.* 79. *ad* 88. que es lugar muy copioso, y prueba todas las conclusiones que aqui van propuestas con mucha exornacion.

65 Y sin estos quatro requisitos en vna reivindicacion, como es esta, no puede probar el actor el dominio por presumpciones, y conjeturas, Mascard. *concl.* 536. *num.* 2. *y* 6. Beral. *decis.* 280. *part.* 1. Gratian. *cap.* 533. *num.* 43. *tom.* 3. & 678. *num.* 8. *tom.* 4. & 912. *nu.* 2. *tom.* 5.

66 Y segun ellas, no solo se puede oponer a Don Antonio, q̃ no ha probado, que Montaluan fuesse propio de Doña Beatriz de Montemayor, y de su dote, pero que ni tampoco ha probado el dominio en Fernando Yañez, y que le està obstando este defecto en el juizio de reivindicacion, que està pendiente.

Refierense los fundamentos que ay, para que esta fundacion no valiesse, en virtud de la pretensa facultad.

67 Que no valiesse la fundacion del mayorazgo que hizierõ Fernando Yañez, y su muger, en virtud de la facultad de su Magestad, que se pretende, que sacaron para hazerla, se prueba cõ los fundamentos siguientes.

68 El primero, que esta facultad està redarguida por los autores del *Marques*, quando este pleito se començò, y por el *Marques* de nueuo quando se prosiguiò con èl, y en ningun tiempo la han comprobado, y assi no prueba, *l.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. vbi Greg. *glos.* 1. Parlador. *lib.* 2. *cap. fin. part.* 1. § 11. *num.* 15. Gonçal. *in reg.* 8. *glos.* 64. *num.* 6. Azeued. *in l.* 1. *num.* 137. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil.* Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. § 2. *à n.* 33.

69 Y la comprobacion auia de ser, que el Escriuano, ò Secretario ante quien se despachò, lo era, y que la subscripcion, firma, y signo lo era, como con muchos prueba Pareja *dict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 34. 35. & 48. y no està esto probado en ella; como se dirà *infr. num.*

70 El segundo fundamento es, que no solo se redarguiò de falso la facultad, sino que se passò a impugnar la substancia de el mismo instrumẽto, diziẽdo no ser cierto, ni auer original dèl, entõces es redarguiciõ de otro genero, y se ha de acudir al protocolo, y exhibirle, ò sacar otro traslado legitimo dèl, cõ las solemnidades q̃ el derecho requiere, para que pruebe, glos. *in cap. vt cæterum*, verb. *egressi.* 6. *distinct.* ibi: *Et est sic argumentum, quod quantumque sit aliquod instrumentum, si tamẽ de ipso aliquid in dubium reuocetur, semper exhibendum sit illud, à quo originem duxit*, & tradunt Menoch. *de adipisc. remed.* 4. *num.* 654. & *cons.* 180. *num.* 53. *libr.* 2. Bertrand. *cons.* 44. *num.* 3. *vol.* 3. Francisc. Marc. *decis.* 163. *num.* 3. *part.* 2. Azeued. *in l.* 12. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop. num.* 4. & *in l.* 3. *tit.* 5. *libr.* 4. *num.* 20. que dixo: *Quod si copia instrumẽti præsentati in processu dimissa redarguitur de falso tunc sufficit trasumptum per partem recuperatum edi. Sed si originale hoc per partem existens, & in processu præsentatum redarguatur de falso, tunc originale in protocolo notarij remanens edendum est*, Farinac. *de falsit. quæst.* 153. *à num.* 133. *ad* 145. Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *n.* 3. 40. & 41. *cum seqq.*

71 Y tampoco se ha comprobado por este medio, ni se ha presentado el original, ò protocolo desta facultad, ni consta dèl, ni q̃ le aya auido: y ningun instrumento prueba, quando falta el protocolo del, *auth. de Tabellionib.* §. *Illud, cap. quoniam contra, de probat. cap. pen. de fid. instrum. l.* 9. *tit.* 19. *part.* 3. *l.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopil.* Farinat. *de falsitat. quæst.* 153. *num.* 142. Menoch. *cons.* 619. *num.* 9. Salgad. *de retent.* 2. *part. cap.* 30. §. 3. *num.* 18. Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *à num.* 6. 17. 18. & 19. Omnis enim ius instrumenti à protocolo sumenda, Pareja *tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *num.* 3. & 17. Et ipsum tamquam ad fontem recurrendum quoties de eo dubitetur, Pareja *sup. num.* 33. & 40. Neque potest deficiente protocolo, Pareja *supr. num.* 6. sino es que se pruebe auerse perdido, que es la verdadera limitaciõ que tiene Pareja *d. tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *n.* 47.

72 El tercer fundamento es, por no auerse dado el traslado desta facultad con mandamiento de Iuez competente, sin cuyo requisito no prueba, despues de otros Pareja *tit.* 1. §. 3. *resol.* 3. *n.* 120. y este auia de ser, ò la Chancilleria donde passaua el pleito, ò respeto

peto de que ſe pretendia, que eſtauã en archiuo, era neceſſario que huuieſſe cedula del Rey, ò mandato de ſus Conſejos, *l.* 8. *tit.* 18. *p.* 3. ibi: *Por mandado del Rey, ò de eſtos ſobredichos*; *l.* 4 *tit.* 22. *p.* 3. ibi: *Ni la den otroſi del regiſtro, y mãdado dèl, ò de alguno de los otros que la pueden dar*, *l.* 2. *tit.* 15. *lib.* 2. *Recop.* verſ. *Otroſi mandamos*, cõpruebalo Pareja *tit.* 5. *reſol.* 2. *à num.* 18. illic: *Apud nos vero contrarium obſeruatur, & conſtitutiſſimum eſt, commentarienſem, qui archiuo publico præeſt, nulla inſtrumenta ex eo leuare poſſe ſine mandato Regis noſtri, aut eius Magiſtratuum, ſub quorũ dominio inſtrumenta in archiuo ſeruantur.* Donde depone del eſtilo; y practica inconcuſa que ay dello, y eſta prouiſion, ò cedula omnimodamente falta, porque de ninguna manera ſe ha traido, ni preſentado, aunque ſe sacò prouiſion para ello.

73 El quarto fundamento es, auerſe ſacado ſin citacion de el Marques, ò de ſus autores, y aunque ſe ſaque de archiuo, en tratandoſe de prejudicar con ella a tercero, ha de ſer citado preciſamente, Genoa *de ſcript. priuat. lib.* 5. *in princ. à num.* 21. Roland. à Valle *conſ.* 75. *num.* 4. *vol.* 4. Fragoſ. *de regimin. Reipubl. lib.* 5. *diſ.* 3. §. 11. *n.* 308. Rota apud Farinat. *deciſ.* 594. *num.* 3 *poſt tractat. de hæreſi.* Pareja *dict. tit.* 5. *reſol.* 2. *num.* 22. que teſtifica del eſtilo que ay en la Camara dello, illic: *Quare in iudicando, & conſulendo magis receptam eſſe ſententiam, quæ docet intereſſe habentes citandos, quando inſtrumenta ab archiuo leuantur, aut ſaltim quando petenti tradenda ſunt, vt practicatur in Conſilio Cameræ, & ita multoties obſeruatũ vidimus.*

Citatio partis necess. requiritur ad extrahendum instrumentum etiam si deducatur ex archiuo

74 El quinto fundamento es, que eſta facultad inſerta en el teſtamẽto, eſtà varia, y cõtraria en muchas clauſulas, y coſas ſuſtanciales con el traslado de la facultad que ſe pretende diò el Bachiller Padilla, como conſta del *mem. num.* 14. donde ſe pone de letra curſiua la diferencia que tiene la vna de la otra, que en el principio del *num.* 14. tiene la vna ſiete rẽglones mas que la otra, *fol.* 7. *in princ.* y renglon y medio, *fol.* 8 *col.* 1. *in med.* donde dize ſolamente que pueda grauar en parte de la legitima que es muy ſubſtancial. Y en el *fol.* 9. *col.* 1. *in princ.* ay doze renglones de diferencia, tã bien de clauſulas ſubſtanciales.

75 Y eſta diuerſidad es cauſa de que a ninguno ſe de credito, porque quita la fee a ambos traslados, *l. ſcriptura* 14. *C. de fid. inſtrument.* y en terminos Gramat. *conſ. ciuil.* 58. Surd. *conſ.* 432. *à num.* 5. & 22. Farinat. *de falſit. quæſt.* 15. *à nu.* 123. Mohedan. *deciſ.* 57. Boer. *deciſ.* 252. *num.* 2. & 3. Ricc. *collect.* 1632. *p.* 5.

contrarietas instrumentorum facit quod neutri fides adhibeatur

76 Ni es neceſſario que ſean contrarios los traslados, y baſ-

tã que sean diuersos, Mohedan. & Ricci. vbi sup. Surd. *cons.* 432. *nu.* 22. aunque no fuessen en parte sustancial, porque siendo ambas copias de vn instrumento solo, que de necessidad han de estar confor mes en todo, si en vna se halla mas, es preciso que aya de ser falso vno de los dos traslados en lo que excede, ò està diminuto, y mien tras no se prueba qual dellos es el verdadero, a ninguno se ha de estar, Curt. Socin. Mohedan. & Ricc. vbi sup. Surd. *dict. cons.* 432. *nu.* 22. ibi: *At vbi de eodem negotio duæ sunt scripturæ eiusdem notarij, & publicæ, tunc neutri statur, etiam si compatibiles sint, quando sunt diuersæ, & ratio est, quia notarius dicitur falsus, qui eandem scripturã bis leuando diuersam tradit, & ex duobus instrumentis diuersis necesse est, alterum esse falsum, & cum sit falsum in parte, dicitur falsum in totum: Ergo cum ignoretur, vtrum sit falsum, vel verum, neutri standum est ratione incertitudinis.*

Proponense las oposiciones que se hazen a los fundamẽtos con que se impugna la facultad, y respondese a ellas.

77 Lo primero que se opone es dezir, que esta facultad que se impugna, es papel antiguo de mas de 100. años, y que no ay obligacion de cõprobarle, Menoch. *lib.* 2. *præsump.* 78. *nu.* 11. Gratian. *tom.* 3. *c.* 554. *à n.* 35.

78 Porque se responde. Lo vno, que esta redargucion se hizo luego que se presentò, quando no era papel antiguo, sino muy moderno, y asi no puede tener lugar la oposicion. Lo otro, que la disposicion de la *l.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. hablò generalmente sin excluir de la obligacion de comprobar los instrumentos antiguos, y asi se ha de entender tambiẽ en ellos, como en terminos lo resueluen Gonçal. *dict. reg.* 8. *glos.* 64. *num.* 11. Pareja *dict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *nu.* 37. & 38. Lo tercero, porque en cosas de graue perjuizio, aunque los papeles sean antiguos, se han de comprobar, y sino no pruebã, Aufrer. in Addit. ad Cappell. Tolosan. *quæst.* 330 *circa fin.* Mascard. *de probat. concl.* 1097. *num.* 16. Gonçal. *d. glos.* 64. *n.* 13. Pareja *dict. resol.* 3. §. 2. *n.* 43. *y* 49.

Redargutio habet locum in instrumentis recentibus & antiquis — vide infra hoc libro infor. 6a n. 67 et 81

79 La segunda oposicion es, que este traslado de la facultad, se sacò del Archiuo de la Chancilleria de Valladolid, y que por esto prueua.

80 Pero se responde, q̃ dezir que se sacasse deste archiuo, no consta dello en todo el pleito, y lo que dize la subscripcion fue: *Que se auia sacado el traslado en Valladolid por el Registrador de a-*

que-

quella Chancilleria,que lo era el Bachiller Padilla,de su original,y en virtud de prouision,y carta de su Magestad,y lo mismo dize en vna informacion que sobre esto se hizo,dando à entender los testigos, que el original no estaua en el archiuo,sino en poder del Bachiller Padilla,y para que probasse auia de auerse puesto en el archiuo, y de pedimiento de alguna de las partes,*l.*34.*tit.*25.*lib.*4.*Recopil.*ibi: *Y depositen traslado autentico en los archiuos,pidiendolo alguna de las partes*,vbi Narbon.*glos.*2.*num.*1.*&* 6.Y auia de estar en èl,no a caso,sino como instrumento del mismo archiuo,y que constasse del tiempo en que se entrò,post alios Gratian.*tom.*3.*discept.capit.*582. *num.*1.*&* 2.ibi:*Iura prædicta dici,non esse in forma probanti,nam quã uis prætendatur,illa esse reperta in archiuo,tamen hoc non sufficit, nisi etiam tales scripturæ habeant testimonium authenticum, quod videlicet officialis præfectus archiuo attestetur esse,scripturas archiui,non autem repertas in archiuo cum possibile sit,illas fuisse positas per priuatum*.Y en el *num.*2.dize:*Imo etiam debet,constare de tempre repositionis huiusmodi scripturarum in archiuo,ad euitandam suspitionẽ,quod potuerunt,esse dimissæ tempore litispendentis*.Y lo repite en el *num.*12. *& in cap.*73.*num.*39.y lo mismo prueba la glos.*in cap.ad Audientiam*,verb.*librum censualem*,Dec.*cons.*41.*num.*5. Cacheran. *decis.* 69.*n.*3.*ad*8.Trentacinq.*lib.*2.*variar.tit.de fid.instrum. resolut.* 8. *num.*2.vers.*Requiritur insuper*,Pareja *tit.*1.*resol.*3.§.3.*numer.*35.*y* 40.y Azeued.*in l.*4.*tit.*15.*lib.*2.*Recop.* excluye que pueden tenerlos en su poder,y pone por preciso que ayan de estar en los archiuos,*post princip.* illic:*Los registros que asi quedaren en su poder cõcertados,y la carta que assi se registrare en fin de cada año, se enquaderne en vno,ò dos libros,ò los que mas fueren menester,todos los registros, y assi enquadernados los ponga en los archiuos de las dichas Audiencias, para que de alli se puedan sacar los traslados que fueren menester*, y auiã de cõcurrir otros ocho requisitos q̃ juntò Pareja *dict.tit.*1.*resolut.*3.§.3.*à num.*28.*&* 44.que todos faltan, y ninguno se ha probado.

81 Lo tercero se opone,que este traslado se diò por el Bachiller Padilla,que era registrador,y que basta para que pruebe.

82 Pero se excluye,porque es de essencia del archiuo que tenga persona señalada que le guarde,Felin.*in cap.cum causam, num.* 7.*de probationib.*Cacheran.*decis.*65.*num.*2.Gratian.*tom.*4.*cap.*736. *num.*35.Pareja *tit.*1.*resol.*3.*num.*32.y este ha de dar el traslado copiado,y firmado de su mano,y ha de estar reconocida, y comprobada su firma por medios legitimos, vt in specie tradunt Farinat.

decis.145.*num*.3.*part*.3.Corras.*in l.admonendi,num*.19.*ff.de iur.iurand*.Caputachens.*decis*.41.*num*.5.*part*.1.Gratian.*discept.tom*.3.*cap*.582.*num*.3.Y aqui no se puede tener por probado, que el Bachiller Padilla fuesse guarda del archiuo, y que la firma, y subscripcion deste traslado sea suya.

83 Porque aunque en razon desto, la parte de Don Antonio Fernandez hizo probança en Valladolid ante vn Alcalde de Corte, no se le deue dar credito alguno, porque era Iuez incompetente, porque el pleito estaua pendiente en la Chancilleria de Granada, y en ella presentada esta facultad que se auia de comprobar, y assi tocaua a la Chancilleria priuatiuamente el hazerla, *l.iudices* 17.*C.de fid.instrum*.Farinat.*de testib.quæst*.77.*num*.1. Lo otro, porque era contra los autos de la Chancilleria, que por vno auia denegado a Antonio Fernandez hazer probança sobre ello, *mem.n*.9. y porque auiendose hecho otra sin embargo, se auia mandado quitar del pleito por autos de vista, y reuista, *mem.num*.9.*in fine*. y el insistir mas en ello fue delito, y el dezir que no consta que se mandasse quitar del pleito, no es releuante, pues donde faltan tantos instrumentos, es muy verosimil, que falte el auto en que se mãdò quitar, y no es de entender que lo auia de tolerar teniendo dos cosas juzgadas en su fauor, ni la Sala auia de dexar de mandar lo mismo que antes, y aun multar grauemente a Antonio Fernãdez, porque la auia hecho.

84 Y en fin, quando lo huuiesse mandado no la aprobò, ni determinò nada en su fauor, ni le quitò el juizio que tenia de auerse hecho ante Iuez incompetente fuera del termino de prueba, sin citacion del Marques, y sin prouision Receptoria de la Sala, y sin estar ratificados los testigos en instancia alguna de la Chancilleria; y no es possible que con tantos defectos pruebe, quando bastaria qualquiera para excluirla.

85 Lo quarto se opone, que no consta que no se aya hallado el original desta facultad, porque para lo que pidiò prouision Antonio Fernandez de Montemayor, no fue para sacar otro traslado della, sino para sacar la prouision en cuya virtud se auia dado por el Bachiller Padilla, a que auia respondido el Licenciado Caualles, Registrador que entonces era, que no la hallaua.

86 Porque fue traza de Antonio Fernandez pedir compulsoria para traer traslado de la prouision, en virtud de que se auia dado la facultad, y no pedirla para traer otro traslado de la mesma facultad, que era lo sustancial, y lo que importaua, y con esta no

era

era neceſſaria la otra,ſino que èl juzgò,que ni de la vna,ni de la otra lo auia de auer,y por no quedar conuencido de todo punto, pidiò para traer,la en cuya virtud ſe auia dado,porque ſi eſta parecia, ſe daria noticia de la otra,para ir cõ eſto a buſcarla ,y ſi hallaua el protocolo de la facultad traerlo,pues con eſto ſe cumplia,y ſino lo halliaua,tener cauſa,y diſsimulacion de dezir que no lleuaua ordẽ para ello,ni ſe auia buſcado.

87 Lo quinto ſe opone,que eſta facultad eſtà inſerta en la fundacion deſte mayorazgo,y aſsi eſtà comprobada.

88 Pero ſe reſponde,que no baſta que vn inſtrumento venga inſerto en otro,y que el vltimo ſea cierto,para tener por tal el inſerto,ſino ſe huuiere pueſto alli de conſentimiento,y con citacion de la parte que ſe trata de prejudicar,ò conſtare de ſu original,como afirman Decius *in cap. benerabilis de confirm. vtil. vel inutil. col. fin. num.* 15. Crauet. *de antiquitat. tempor.* 1. *part. except.* 8. *num.* 19. verſ. *Quod inſtrumentum*, Maſcard. *de probat. concluſ.* 919. *numer.* 1. Salgad. *de retent.* 2. *part. cap.* 26. *numer.* 59. illic : *Quod comprobatur quoniam. & ſi inſtrumentum reperiatur inſertum in priuilegio Principis, non probat, niſi fuerit inſertum de conſenſu partis, de cuius præiudicio tractatur, aut ea legitime citata, niſi appareat originale*, y lo comprueba en el *nu.* 60. y en los ſiguientes,con otros Autores que cita, y aqui no huuo conſentimiento,ni citacion del Marques,ni ha parecido nunca el original deſta facultad.

q[uo]d instrumentum insertum in alio instrumento non probat nisi inseratur de consensu partis de cuio prejudicio tractatur

89 Lo ſexto ſe opone,haziendoſe muy principal fundamento dello,que en virtud deſta facultad,y de la fundacion de mayorazgo que por ella ſe hizo , venciò Antonio Fernandez a Luis de Yneſtroſa,en el pleito que le puſo del cenſo de las gallinas,cõ que quedò calificada,y aprobada la obſeruancia del titulo , y prejudicado el Marques.

90 Pero ſe reſponde,que no es baſtante para lo vno , ni para lo otro,y ſe excluye por muchos medios.

91 El primero,que fue vn pleito meramente afectado , y ſimulado para ſeguir el de la Marqueſa,y eſto ſe manifieſta, de que ſe puſo la demanda por Enero de [5]40. *mem. num.* 35. *in princip.* vn mes primero q̃ la de la Marqueſa, q̃ fue por Febrero del miſmo año, *mem. num.* 37. *in princip.* y la de la Marqueſa ſe ſobreſeyò,y quedò en aquel eſtado por mas tiempo de dos años,haſta que eſte pleito ſe acabò,y ſe ſacò la executoria dèl,que fue en 5. de Diziembre de [5]42. *mem. fol.* 34. *col.* 1. *in princip.* y luego ſe preſentò en la demãda de la Marqueſa,porque en la primera peticion de excepciones

que

que la Marquesa presentò, responde a ella, *mem.num.36.fol.30, columm.1.post.med.*vers. *Y que la executoria presentada por el dicho Antonio Fernandez*, con que se conoce que se itentò para este fin.

92 Lo segundo, porque fue el pleito entre dos primos hermanos, *mem.fol.34.col.1.post med.* entre quien con menores causas, y sospechas se presume que se haze simuladamente, y en fraude de tercero, Menoch. *lib.3.præsumpt.124.num.26.*vers. *Cæterum*, Mantic. *de contract. lib.13.tit.35.num.21.* Farinat. *de falsitat. quæst.164. à num.136. ad 138.*

93 Lo tercero, porque interuino notoria, y manifiesta colusion, porque Luis de Ynestrosa de ninguna manera se defendiò como deuia. Lo vno, porque no contradixo, ni redarguyò de falso la fundacion que se presentò, como podia hazerlo. Lo segundo, tampoco redarguyò, ni impugnò la facultad en ella inserta, ni dixo los enquentros que tenia, ni opuso del defecto de registro della, ni de las demas nulidades que en este pleito se han ponderado, pues los mismos pudiera auer opuesto, y con no auerlo hecho fue visto aprobar, y consentir estos instrumentos, aunque padeciera muchos defectos, y le prejudicaran, Felin. *in cap. quoniam contra, num.52. de probat. & in cap.2. num.31. in fin. de testibus*, Caputach. *decis.248. num.3. part.1.* Put. *decis.59. num.2. lib.4.* Rot. *decis.192. n.3. part.3. recentior.* Y aunque fuera escritura particular, y no instrumento publico, no impugnandola era visto probar contrasi, Mascard. *de probat. conclus.1300. num.18.* Rot. Genuens. *decis.21. numer.13. & decis.72. num.1.* Surd. *decis.199. nu.8.* Genoa *de script. priuat. lib.1. dubit.1. quæst.4. num.70.* Pareja *de instrum. edit. tit.1. resolut.1. §.1. n.55. & §.5. n.20.*

94 Lo tercero, porque aun no alegò que Fernan Yañez, y su muger auia reuocado el mayorazgo en sus testamẽtos, ni los presentò, siendo vna defensa tan relevante, y que bastara para vencer, porque el mayorazgo fue reuocable por su naturaleza, aun sin ser necessario sacar facultad, vt sup. *nu. 6 & infr. à nu. 101.* y quando interuiene colusion tan manifiesta, no prejudica a la executoria, ni aun a los mesmos que litigan, ni obra efecto valido alguno, y mucho menos contra los terceros, *l. ex contractu, & de re iudicata, l. si seruus plurium, §.1. & §. Si quis ante, ff. de legat. 1.* D. Molin. *libr. 4. c.8. n.7.8. & 9.* Castill. *lib.6. c.157. à n.*

95 Lo quarto, porque tampoco alegò, ni propuso, como por la particion que se hizo de Fernan Yañez, totalmente estaua excluido el mayorazgo, porque de ninguna manera se menciono, ni

se

se sacò nada para èl, antes se partieron todos los bienes como libres, y para imputarse por donacion, ò mejora, era preciso referirse, como los DD. lo notan en la *l.26. de Toro*, y aunque el Comendador se dize alli que renunciò, auia de aceptar la donaciō que en el mayorazgo se le hizo para poder quedar cō èl, *l.21. Taur.* y estando consentido esto por todos los hijos, y por el Comendador, y siendo el Comendador heredero, y mejorado por su madre, que era la principal fundadora, y que tambien reuocò, no podia ponerse esta demanda a Luis de Ynestrosa, ò a lo menos èl podia pedir a los herederos de Fernan Yañez, y su muger que le hiziessen buena aquella parte, y tampoco alegò, ni opuso nada dello.

96 Lo sexto, porque tampoco nunca mostrò titulo, como tenian, y posseian aquel cēso, y possessiones, ni constò que se le huuiessen vendido Fernan Yañez, y su muger, ni otros algunos, ni alegò mas de que lo auia auido de Iuan de Ynestrosa su tio, sin presentar tampoco titulo dello.

97 Lo septimo, por la contrariedad que en si tuuo, lo que se pidiò, y mandò dar, porque las facultades, vna dize 150. pares de gallinas, y la otra 250. y la demanda fue de 150 pares de gallinas, y juntamente que fuesse condenado a que restituyesse las possessiones sobre que se pagauan, y la sentencia lo mandò asi: y esto tiene enquentro manifiesto, porque, ò se auia de pedir el censo, ò las tierras sobre que estaua impuesto, porque no era posible que existiesse a vn tiempo señorio en lo vno, y en lo otro.

98 Lo octauo, porque quando esta cosa juzgada huuiera sido legitima, no bastaua para probar la obseruancia del instrumento, porque era necessario que asi se huuiesse determinado muchas vezes, P. Molin. *disp.*638.*n.*3. Addit. ad D. Molin. *lib.*3. *cap.*3. *n.*44. *ad* 50. Pareja *tit.*2. *resol.*3. §.3. *n.*49.

99 Lo nono, porque no puede prejudicar por medio alguno a los Marqueses, como cosa que no se litigò con ellos, ni con sus autores, sino entre terceros, *l. sæpè, ff. de re iudicat. capit. penultim. de sentēt. & re iudic. l.*19. *tit.*22. *par.*3. con lo qual esta oposicion es de ninguna consideracion, y queda totalmente excluida.

Res inter alios acta; V.e infra infor.º, 6 ... 87

100 Vltimamente se aduierte, que quando la facultad no huuiera padecido estos defectos, fuera ninguna, por no auerse hecho relacion a su Magestad de que tenian onze hijos, y muchos dellos hēbras que poner en estado, Mier. *de maior. part.*1. *quæst.*3. *n.*8. & 9. & 10. ibi: *Æqum igitur est quod Princeps sciat numerū filiorum petentis licentiam, quia est maxima causa ex qua licentia, vel concedi,*

facultas maiorazg debet continere numerum filiorz

cedi, vel negari debet, & est verosimile, quod si pater plures filios habeat, maxime si feminæ sunt, quæ dotari debent, quod licentia denegabitur, vel posito quod concedatur erit cum maiori difficultate, vel non ita ampla. Demas de Mieres tienē esta sentencia Ioan. Andr. in Addic. ad Speculat. *in tit. de successione abintestato ad finem*, Butr. *in cap. per venerabilem, col. 27. qui filij sit legit.* vbi Præposit. *in §. Quod autem, col. 15.* Beruard. Diaz *in tractatu fallentiarum, reg. 213. lim. 4.*

101 Y en la ligitimacion que concede el Principe de vn hijo ilegitimo, por el perjuizio que causa a los demas, es necessario hazer relacion de los hijos que tiene, y citarlos, *l. nec ei, §. 5. ff. de adoptionib. Autent. quib. mod. naturales efficiant legit, §. Si vero tractat.* Basil. *de matrim. lib. 11. cap. 7. num. 3. & 4.* Camil. Borrel. *in sum. decis. tit. 44. num. 180.* y aunque Gregorio Lopez tuuo lo contrario *in l. 36. tit. 18. part. 3. gloss. 2.* hablò en caso de ser la herencia rica, y auer para todos los hijos alimentos competentes, y ambas cosas faltan aqui, porque vinculado Montaluan, no quedaua cosa cōsiderable a los otros hijos, ni para alimentos, ni para poder passar, pues solamente tenia cada vno 37U. mrs. ò 51U. marauedis de legitima, vt sup. *num.* [illegible] . y no auia tampoco en lo principal del mayorazgo para dar alimentos competentes a diez hijos, porque era muy corto, y fundaciones tales en que se prejudica a los hijos tan grauemente en la legitima, y alimentos, se tienen por odisas, y las excluye el derecho quanto puede, D. Molin. *lib. 1. cap. 18. numer. 6.* Castill. *tom. 6. cap. 145. num. 50.* y no bastò la noticia general de que tenia hijos, como en contrario se dize *num. 80.* porque auia de ser especial, como de cosa graue, Noguer. *alleg. 23. num. 119.* con que quedan excluidas la fundacion del mayorazgo, y la facultad della.

Idem in legitimatione

Articulo Tercero.

Que caso que huuiera valido la fundacion deste mayorazgo, se pudo reuocar segun derecho, sin tener necessidad de ganar facultad para ello.

102 Quando la fundacion de mayorazgo que hizieron Fernan Yañez, y su muger, huuiera sido en si valida, es cierto que se pudo reuocar, y en esta parte entra el Marques fundando de derecho, porque le assiste la regla, de que qualquiera mayorazgo, ò este fundado en contrato, ò en vltima voluntad, es reuocable por su naturaleza, *l. 4. tit. 8. lib. 5. Recop. quæ est, l. 44. Taur.* D. Molin. *lib. 2.*

cap.

*cap.*4.*num.*1. Auend.*in d.l.*44.*gloſ.*6.*num.*2.Caſtill.*tom.*5.*cap.*109. *num.*18.*&* 19.Y aſsi los fundadores lo pudieron reuocar quando quiſieſſen,y la dificultad conſiſte en eſte articulo,en reſpõder a las opoſiciones contrarias.

103 La primera opoſicion que hazen es dezir, que eſta fundacion tiene clauſula de conſtituto,y que obra irreuocabilidad.

104 Pero ſe reſponde,y excluye. Lo primero,que aqui ſe puſo para deſpues de ſu muerte, y aſsi no paſsò la poſſeſsion en los llamados:porque ſe confiriò para tiempo inhabil en que ya auian dexado de tenerla, *l.vniuerſas,§.quod per colonum,l.cum hæredes in princip.ff.de acquir.poſſeſ.l.*1.*§.Scæuola,ff.ſi quis teſtam. liber eſſe eius fuer.§.fructus,inſtit.de nupti.* Tiraquell *de iur.conſtit. part.* 3. *limit.* 2.*à num.*1. Pariſ.*conſ.*98.*num.*21.*lib.*2. Beroi.*conſ.*58.*num.*14.*vol.*2. Surd.*conſ.*166.*num.*25.*lib.*2. Cæſar Bart.*deciſ.*49.*num.*27. Mart.*de clauſ.part.*1.*clauſ.*20.*num.*9.*&* 10.Rota apud Poſth.*deciſ.*58.*n.*6. Fontanel.*tom.*1.*clauſ.*4.*gloſ.*3.*num.*18.

105 Aunque ſe le ponga la clauſula ex nunc prout ex tunc, Cuman.*in l.quamuis,§.*1.*ff.de adquir. poſſeſ.* Grat.*conſ.* 55. *col.* 1. verſ. *Præterea non ſufficit,lib.*2. Theſaur.*deciſ.*38. *à num.* 2. Siluan. *conſ.*97.*num.*6.*&* 21.*lib.*2.

106 La ſegunda reſpueſta es,que quando el contracto es nulo,el conſtituto no obra nada,Statili.Pacific.de Saluian. *inter dict. inſpect.*3.*cap.*2.*num.*1028. Tuſch. *lit.P.concluſ.*425.*nu.* 7. Poſth. *de manut.obſeruat.*20.*num.*40.Y no auiendo valido la fundacion por los medios que ſe han ponderado,no obrò nada el conſtituto.

107 La tercera,que quando el conſtituyente interuierte en ſu vida la poſſeſsion al conſtitutario,ò ſe la quita, ò interrumpe, pierde la fuerça el conſtituto,Bald.*in l.ſi quis argentum, § ſed ſiquidem,ff.de donat.*idem Bald.*in l.actione,§.renuntiare,* verſ. *Quid ſi venditor,ff.pro ſocio,* Tello Hernandez *in l.*17.*Taur.n.*23.D. Larrea *deciſ.*10.*num.*36.*tom.*1.ibi:*Rurſus prædicta ratio iuuatur; quia licèt conſtitutum in hoc caſu locum habere,non tamen vim obtinet, ſi conſtituens interuerterit conſtitutario poſſeſsionem.* Y aqui los fundadores quitaron a los llamados la poſſeſsion del mayorazgo, vendiendo a Montaluan,y con conſentimiento del hijo mayor,y primero llamado,con que ceſsò el conſtituto.

108 Lo quarto,porque quando deſpues que llega el caſo para que ſe puſo el conſtituto,difiere pedir la poſſeſsion el en cuyo fauor ſe puſo,y dexa paſſar diez años,perdio por eſto la q̃ el cõſtituto auia paſſado en el,y no puede boluer a pedirla en ſu virtud,ni

el

el obrar mas, *l. fructum*, § *vlt.* & ibi glos. *ff. de vsucap.* Tiraquell. *de constit. 3. part. limit. 21. à num. 1.* ibi: *Limita vigesimo primo, vt si intra decem annos is cui factum est constitutum, non acceperit realem possessionem censeatur per negligentiam amisisse, ac veluti derelictam habuisse illam constitutitiam possessionem.*

109 Y en el sentir de otros DD. bastaua no pedirla luego, Statil. Pacific. de Saluian, *inter dict. inspect. 3. cap. 2. nu.* 1027. & 1027. & ibi Rot. *decis. 160. num. 12.* eadem Rota apund Cens. *de censib. decis.* 253. *num.* 10. Gratian. *discept. tom. 5. cap. 954. num. 5. 6. & 7.* Post. *obseru. 20. num. 29.* ibi: *Non tamen probaret constitutum possessionẽ constitutarij, vbi post mortem constituentis ipsa bona fuissent ab illius harede apprehensa, & post modum constitutarius sciens neglesisset etiam per modicũ tempus apprehendere actualem possessionem: Nam tunc diceretur ammisisse possessionem, quam prius habebat, quia videretur suspicari, se posse repelli.*

110 Y aqui el Comendador Alonso Fernandez, hijo mayor, en quien se fundò, no pidiò la possession del constituto, ni otra, ni quando Montaluan se vendiò al Marques, ni quando su padre muriò, ni en todo el discurso de su vida, y Antonio Fernandez su hijo tampoco la pidiò, aunque puso demanda de propiedad, ni hasta oy se ha hecho, auiendo 150. años que passò, con que es cosa vana tratar oy de la possession dèl constituto para efecto alguno.

111 Lo quinto, y vltimo, porque para que el cõstituto obre, es necessario que aquel en cuyo fauor se haze no estando èl presente, sino ausente, lo acete, porque sino no passa possession alguna en èl, arg. *l. 3 in princip. l. quemadmodum, l. si quod in meo*, § *Si furioso, l. si seruus communis*, §. 1. *ff. de acquir. posses.* Tiraquel. *dict. 3. part. limit. 30. num. 1.* Peguer *decis. crimin. 48. num. 9. & 10.* Bertrand. *cons. 173. num. 12. vol. 2.* Cancer. *variar. tom. 1. cap. 8. numer. 34. in fin.* Valasc. *consult. 45. num. 2.* D. Molin. *lib. 4. cap. 2. num. 64.* ibi: *Quod adeo verum est, quod etiam si clausula constituti, vel reseruatio vsusfructus in maioratu interueniat, reuocari posit, si acceptatum non fuerit. Clausula namque constituti, vel reseruatio vsusfructus nihil operantur, nisi à parte, in cuius fauorem apposita fuerint, acceptata sint,* Thesaur. *decis. 70. num. 6. & 7.* & post alios Hermos. *in l. 4. tit. 4 par. 5. glos. 1. num. 35.* y Hermosilla con muchos que cita *num. 35.* resuelue, que podran los Fundadores, antes que el ausente acete el constituto reuocar la fundacion, y no auiendo aqui auido aceptacion por el Comendador, ni por otro alguno de los Fundadores, y mucho menos en tiempo habil, antes que se vendiesse Montaluan, no passò possession alguna en ellos. La

[Manuscript margin notes: "idem"; "idem"; "ante acceptationem constituti potest reuocare donationem fundator"; "D. Valenc. cons. 119 an. 27 Acbarad. de Conlect. lib. 3 cap. 2 n. 55"]

113 La segunda oposicion que se haze, es dezir, que huuo entrega de escritura, y que con esto fue la fundacion irreuocable.

114 Pero se responde. Lo vno, que no consta que tal entrega huuiesse, porque las palabras de la fundacion son, *mem. num. infr.* *Y se constituyen por sus posseedores en su nombre, y por la tradicion desta escritura, la qual le dan en señal de possession*, pero de que se le entregassen, ni de que la recibiesse, ni consta, ni ay quien lo diga, ni q̃ estuuiesse presente a ella, y la entrega de la escritura ha de ser real, no verbal, para que aproueche, *l.* 1. *C. de donat.* ibi: *Instrumentis donatis, & traditis, l.* 8. *tit.* 30. *par.* 3. ibi: *Apoderandole de las cartas, por que lo houo, l.* 17. *Taur.* ibi: *O le huuiere entregado ante Escriuano la escritura dello*, y de las mismas palabras vsò la *l.* 44.

115 Y no solo es necessario que aya entrega real de la escritura, sino que esto sea en presencia del mismo Escriuano, y no bastarà hazerla en presencia de otras personas algunas, como demas de las *ll.* 17. *y* 44. *Taur.* lo resueluen Tell. *in dict. l.* 17. *Taur. num.* 68. illic: *Sed hæc irreuocabilitas non consistit in voluntate donantis, neque in receptione donatarij, neque in sola traditione instrumenti, sed in authoritate Tabellionis, itaque simul debent concurrere traditio instrumenti donationis coram Tabellione, alio qui si coram iudice, vel quibusuis alijs personis tradatur instrumentum, non ex inde donatio erit irreuocabilis*, lo mismo dixo el señor Molina *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 10. 11. *y* 12. Mier. 1. *part. quæst.* 65. *nu.* 38. Castill. *tom.* 6. *c.* 149. *à n.* 7. *y* otros que los Addit. citan *n.* 10. 11. *y* 12.

116 Con que no viene a ser de consideracion que en la fundacion se aya dicho, que le dan la escritura en señal de possessiõ, porque quando es necessaria entrega real, y con las circunstancias q̃ se han referido, no basta que se haga de palabra, vt argum. *l. si forte, ff. de castrens. pecul. l. qui decem.* §. 1. *ff. de solut.* tradunt Glos. *in* §. *fin. instit. de offic. iudic.* Tiraq. *de retract.* §. 1. *glos.* 20. *à n.* 6. Roland. à Valle *cons.* 49. *num.* 51. *&* 52. *vol.* 1. que funda, que quando la ley requiere hecho, ò entrega real de alguna cosa, no basta la verbal, ni aun assercion de que se hizo, sino consta dello, Thusch. *lit. V. conclus.* 90. *num.* 13. *&* 17. Salgad. *de Reg. protect. part.* 1. *cap.* 2. §. 1. *à num.* 6. *ad* 12. de que se infiere, que el fundamento de irreuocabilidad, que por Don Antonio se pondera, por la entrega de los instrumentos, no tiene justificacion alguna.

117 Y lo que mas es, que en los terminos de derecho antiguo, y antes de las leyes de Toro, que es quando la fundaciõ se haze, la entrega de escritura, aũque de derecho comun, y de Parti-

da, passaua la possession, no hazia la donacion irreuocable, como en terminos de entre padre, y hijo, lo resuelue Tello Fernandez in *l.17.Taur.num.65.in fin.* ibi: *Et si verum sit, quod si ex dict.l.8.tit.30.part.3. ex traditione instrumenti donationis possessio rei donatæ transferebatur, reuocabilis tamen erat donatio inter patrem, & filiũ, quia solum operabatur, vt morte posit confirmari, vt superius diximus, ex hac vero lege inducitur irreuocabilitas donationis.*

118 La tercera oposicion que se haze, es dezir, que en la fundacion huuo pacto de no reuocar, y que este haze la donaciõ irreuocable, ex D. Molin.*lib.4.c.2.à n.40.ad 54.*

Pactum de non reuocando facit irreuocabilem contractum. Sed limita ut hic

119 Pero se responde. Lo vno, que esta sentencia es muy cõtrouertida, de si el pacto de no reuocar haze irreuocable la donacion, por no ser medio que expressaron las leyes de Toro, y por los demas fundamentos que pondera el mismo señor Molina, y contra èl, y que no cause irreuocabilidad, resueluen Mieres *de maior.1.part.quæst.30.per totam*, Dom. Valençuel.*cons.63.à n.34.tom.1.*

Idem est acceptatio deinde interueniret

120 Pero aunque se quisiesse tener por mas cierta la opinion contraria, tienen vn notable requisito en fauor nuestro, que es, que de necessidad el pacto de no reuocar, se ha de acetar por èl, en cuyo fauor se pone, y antes que se acete se puede muy bien reuocar, y esta es doctrina constante del señor Molin.*lib.4.cap.2.num.64.* vers. *Quod etiam*, ibi: *Quod etiam in maioratu, cui pactum de non reuocando adiectum est, procedit, ante acceptationem enim reuocari poterit. Nam hoc etiam pactum necessario acceptandum est, vt probatur ex his, quæ paulo ante circa constitutũ, & vsusfructus reseruationẽ cumulauimus; si enim maioratus ex dictis clausulis irreuocabilis non efficitur ante acceptationem, pari ratione id in pacto de non reuocando dicendum erit, cum non magis ex vna clausula, quã ex alia maioratus fiat irreuocabilis, quod probatur euidentissime, nam donatio, quæ alias erat irreuocabilis ex dicto pacto transit in donationem inter viuos irreuocabiliter ex dict.l. vbi ita donatur, sed donatio inter viuos quantumcumque irreuocabilis sit, potest ante acceptationem reuocari, vt iam ostẽsum est: igitur constat, idem dicendum in maioratu, cui prædicta clausula apposita est, quæ opinio mihi vera videtur.* La misma opinion defienden Angul.*de meliorat.in l.1.glos.8.num.4.* & 8. Gratian.*discep.tom.3 cap.565.num.3.* Hermosill.*in l.4.tit.4.part.5.glos.1.num.38.* & 39. donde dize, que en esta conformidad se han de entender todos los que dixeron con generalidad, que el pacto de no reuocar haze la donacion irreuocable, y supuesto que aqui no la huuo, queda excluida con esto la tercera oposicion.

Lo

121 Lo quarto se opone, que por auerse fundado este mayorazgo antes de las leyes de Toro, y con licencia del Principe, quedò irreuocable, ex Bolognin. *cons*. 62.

122 Pero se responde, que la opinion de Bolognino no es cierta, y hablando, como èl propone, en vna fundacion de mayorazgo de testamento, es contra la *l. omnium* 19. *C. de testam.* que prueba, que aunque estè confirmado por el Principe, queda siempre reuocable, y por llano lo resueluen assi Guillelm. Benedict. *in capit. Rainuntius*, verb. *testamentum* 2. *num*. 25. *de testam.* & plures referẽs D. Couarr. *in rubric. de testam.* 2. *part. num*. 2. & 3. Boer. *decis*. 218. Pichard. *in* §. *Sed cùm paulatim. à num*. 27. *instit. de testam.* y dos razones en que Bolognino se fundò, que era, que en la conseruacion del mayorazgo consistia vtilidad publica, y que se defiere como el Reyno, son de muy poca sustancia para el caso, y le responden concluyentemente Tiraquel. *de iur. primogenit. quæst*. 68. *à num*. 6. *ad* 8. Mier. *de maiorat. part*. 1. *quæst*. 27. *à n*. 2. & 21. Auenda. *in l*. 40. *Taur. glos*. 2. *n*. 2.

123 Lo quarto se opone, que en la misma facultad se dispone, que no se pueda reuocar el mayorazgo, y que esto tambien le haze irreuocable, aunque se considere despues de las leyes de Toro, ex D. Molin. *lib*. 4. *c*. 2. *n*. 54.

124 Pero se responde, que no se ajusta el hecho, ni la doctrina, porque la clausula de la facultad es de las ordinarias, y no dize mas, *mem. num*. 14. *Que los bienes deste mayorazgo no se puedan vender, ni enagenar por ninguna causa, &c. Con la pena, ò penas con que instituyeren, y ordenaren el dicho mayorazgo*, que es vna clausula ordinaria, que se pone respeto de los sucessores, despues que los Fundadores huuieron fundado el mayorazgo legitimamẽte, pero no respeto de los mismos Fundadores, *l. Lutius Titius* 40. §. *fin. ff. de fideicom. libertatib.* ibi: *Lutius Titius stichum seruum Mæuio legauit, & petiit, vt neq; ab eo, nec ab hærede eius, vnquã manumitteretur. Paulus respondit testatorem potuisse postea seruum hunc ad libertatem perducere, quod non sibi legem dixisset, sed legatario*, Mier. *de maiorat*. 1. *part. quæst*. 27. *num*. 25. illic: *Prohibens alienare videtur, hanc prohibitionem facere successoribus, & non sibi*, Gregor. Lopez *in l*. 10. *tit*. 26. *part*. 4. *glos*. 1. verb. *vendiendo*, vers. *Item aduerte*, a quien hizo tanta fuerça este texto, y sentencia, que dixo, que aunque el Rey expressamente huuiesse dicho en la facultad, que no pudiesse el Fundador reuocar el mayorazgo, sin embargo podia sacar algunas cosas dèl, y enagenarlas, y tambien en quanto a este particular

le

le siguen Mier. *dict. quæst. 27. numer.* 25. las palabras de ambos son: *Item aduerte, quod si in facultate Regia ad condendum maioratum caueatur, quod non possit reuocari per facientem, nihilominus poterit, rem aliquam maioratus alienare, nisi esset translatum dominium in filium, vel maioratus sit factus per contractum onerosum.*

125 Lo segundo se responde, que los terminos en que hablò el señor Molin. *d. lib. 4. cap. 2. num.* 54. son muy diferentes de los desta clausula: porque ella es ordinaria, como queda notado en el numero antecedente, para que los bienes del mayorazgo no se puedan enagenar por causa alguna, y el señor Molina habla quãdo en la facultad expressamente se dize, que vna vez fundado el mayorazgo no se pueda boluer a reuocar: porque dixo: *Secundus casus vltra eos qui in dictis legibus Tauri cõtinentur, in quo maioratus irreuocabilis efficitur est, quando in Regia facultate, quæ ad institutionem maioratus conceditur exprèsse præcipitur, vt semel maioratu instituto amplius reuocari non posit*, y aqui en la fundacion no ay tales palabras como se ha visto, y de las mismas vsò D. Couarr. *de testament. in rubric. 2. part. num.* 7. Azeued. *in d. l. 4. tit. 7. lib. 5. Recop. num.* 9. y Mier. *de maiorat. quæst.* 37. *per tot.* maximè *num.* 6. Lo mismo dixo Auend. *in d. l. 44 glos. 2. num* 4. Gutierr. *lib. 2. pract. quæst.* 78. *num. vnic.* P. Molin. *de iustic. tract. 2. disp.* 586. *num.* 5. ibi: *Si in facultate Regia ad maioratum instituendum exprèsse habeatur, vt si is maioratus semel instituatur, non possit deinceps reuocari, tũc eo ipso, quòd ex ea facultate est institutus, reuocari non potest*, Addent. ad D. Molin. *d. lib. 4. cap. 2. num.* 54. Con que auiendo hablado todos los DD. en esta misma conformidad, queda excluido de comprehenderse en ella el caso deste pleito.

126 Lo quinto se opone, que la fundacion quedò irreuocable, aunque no huuiera aceptacion por la *l. 2. tit. 16. lib.* 5. pero que la huuo expressa, y tacita, la qual inducen de algunos actos.

127 Pero se responde a lo primero, que la mas verdadera sentencia, y practicada en los Tribunales es, que si la donacion no està aceptada, se puede reuocar, assi antes, como despues de la ley del Reyno, como comprueban D. Molin. *lib. 4. cap. 2. à num.* 58. *cũ seqq.* D. Valenç. *cons.* 63. *à num.* 28. Morquech. *de diuis. bonor. lib. 2. cap. 6. à num.* 45. Zeuall. *quæst. 54. in fin.* Mier. *de maiorat. part. 2. q.* 68. *num.* 9. que dize, que està recebida por todos los Tribunales de España, Cancer. *variar. part. 1. cap. 8. num.* 24. Sanch. *de matrim. lib. 1. disp. 6 num.* 19. Barbos. *in l. 1. part. 3. n. 18. ff. solut. matrim.* Castill. *tom. 5. cap. 80. à num. 12. & 16. & cap. 93. §. 8. num.* 16. vers.

Se-

*Secundò,deinde,& lib.6.cap.151.num.13.*Addent. ad D. Molin. *d. lib.4.cap.2.à num.58.*Hermoſ.*in l.4.tit.4.part.5.gloſ.* 1. *num.* 27. Noguer.*alleg.22.n.6.*

128 Porque aunque vno tenga animo, y deliberacion de donar, no ſe conſidera eſte animo, ni deliberacion, ni ſe preſume que quiere hazerlo en el interin que el donatario no accepta, *l. qui abſenti ſeruo ſcribit, vt in libertate meretur, non eam mentem habet, vt ſtatim vellit ſerui poſſeſsionem dimittere, ſed magis deſtinationem ſuã in id tempus conferri, quòd ſeruus certior factus fuerit*, y lo notan D. Molin.*lib.4.cap.2.num.62.*ibi:*Donans namque non eſt eius intentionis, vt vellit donare, vel obligari antequam donatarius de ipſa donatione certior factus eam aceptet*, Gregor.*in l.4 tit.4. part. 5. gloſ.* 1. *col.2.in med.*verſ.*Si tamẽ ex verbis*, D.Couarr.*lib.1.variar.cap.*14. *num.*13.Ant.Gom.*tom.2.variar.cap.4.num.*3. Noguer. *alleg.* 22. *num.6.* interpretatio praesumitur

129 A lo ſegundo ſe reſponde, que no huuo aceptacion expreſſa, porque demas de que eſta no ſe preſume, ſi quien ſe funda en ella no la prueba, *l.matrem, C.de probat.*D. Valenç.*conſ.63.num* 22.*& conſ.*168.*n.*18.*& conſ.*138.*n.*12. acceptatio non praesumitur

130 Lo que propone por acceptacion expreſſa de que el Comendador en el teſtamento que hizo el año de 1542. auia declarado, que auia acetado el mayorazgo, fue deſpues de auer pueſto ſu hijo la demanda a la Marqueſa Doña Catalina, como ſe prueba *mem.num.*33. y fue afectado en orden a fauorecer a la pretenſion de ſu hijo, y aſsi no pudo prejudicar, demas de que ſe ha de entender eſta aceptacion de aquel miſmo acto, y tiempo, en que otorga el teſtamento, pues no conſta de otro anterior alguno, *l.ſi ita* 8.*ff. de aur.& argent.legat.*ibi:*Id legatum videtur, quod teſtamenti tempore fuiſſet, quod præſens tempus ſemper intelligitur ſi aliud comprehẽſum non eſt, l.fin.§.1.ff.de legat.2.l.nomen, §.1.ff.de legat.*3.Surd. *conſil.*454.*num.*13.*lib.*4. Maſcard.*de probat.concluſ.*1416.*num.*12. Valaſc.*conſult.*58.*num.*3.Cardoſ.*in prax. iud.* verb.*verbum, num.*10. *&* 11. y ſe auia de auer probado con eſpecialidad, y certeza que precediò a la reuocacion, porque de otra manera no ſirue de nada, como en terminos reſuelue Mier.*de maiorat.1.part.quæſt.* 36. *nu.* 98.ibi:*Et conſtat de die certo reuocationis, non etiam de die in qua filius ſcripturam recepit.* idem interpretatur

131 Y ya no ſe podia hazer la aceptacion, porque non erat res integra, porque ſe auia vendido antes a Montaluan quarenta años auia, y paſſado la poſſeſsion, y dominio dèl en los Marqueſes acceptatio quo tempore debet fieri

de Priego, y la aceptacion nō prejudicā al derecho adquirido en aquel medio tiempo, *l. si ego* 10. §. *Si res, ff. de iur. dot.* ibi: *Et quod pēdet donatio in diē nuptiarum, & cum sequitur conditio nuptiarum, iam hæredis dominium est, à quo discedere non posse rerum dominium inuito eo fatendum est, l. si partem, §. fin. ff. quemadmod. seruit. amittant. l. si indebitum, §. 1. ff. rem rat. haber.* tradunt Speculat. *tit. de obligat. & solut.* §. 1. vers. *Item pono obligasti*, Paul. de Castr. *cons.* 195. *num.* 2. *in fin.* ibi: *Et ex hoc videtur, quod per hæredem dicti donatarij non potest hodie ratificari in præiuditium hæredis dicti donātis in quos hæredes dominium est translatum ante ratificationem, ideo ab eis inuitis discedere non potest, & quia ratificatio non potest fieri in præiuditiū tertij, cui interim ius, & dominium est quæsitum etiam ex causa habita à debitore*, Dec. *cons.* 225. *à num.* 11. ibi: *Et si nunc ratificaret, talis ratificatio non præiudicaret secundo donatario, cui facta fuit donatio, & traditio ante istam ratificationem*, y lo comprueba hasta el fin del consejo. Y en el *cons.* 432. *num.* 26. Anton. Rub. *cons.* 152. *num.* 2. Maceratens *lib.* 2. *variar. resolut.* 49. *num.* 16. Camil. Borrel. *in summ. decis. tom.* 3. *tit.* 10. *num.* 157. Chacheran. *decis.* 119. *num.* 16. 25. & 26. Gregor. *in l.* 4. *tit* 4. *par.* 5. *glos.* 1 *in fin.* Matienç. *in l.* 7. *tit.* 10. *lib.* 5. *glos.* 2. *num.* 11. y con otros Hermosill. *in l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 49.

132 Y porque eran muertos Fernan Yañez, y su muger mas de 34. años antes que esto passasse, y quando el donador muere antes de la aceptacion, videtur pœnitere, & annullatur donatio, *l. si inter, ff. de reb. dub. & res desinit esse integra*, y asi no puede acetarse despues, Gregor. *in l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *in fin.* Matienç. *in dict. l.* 7. *glos.* 2. *num.* 13. Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1. *glos.* 10. *numer.* 85. Chacher. *decis.* 119. *num.* 24. y en esta forma lo resueluen los Autores citados en el numero antecedente, y con ellos Hermos. *in l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 49. y singularmente D. Valenç. *dict. consil.* 119. *à num.* 47. *ad* 51. ibi: *Et cum acceptatio non fuit facta inuita domina Florentia ante reuocationem per ipsam factam prioris scripturæ, nō potest fieri postea, & multo minus post illius mortē cum ius fuerit quæsitum irreuocabiliter dominæ Chaterinæ, cuius ratio est, quia rati habitio debet fieri re integra rebus manentibus in eodem statu, alias enim ratihabitio, & acceptatio facta re non integra non retrotrahitur, neque operatur in præiuditium tertij, cui interim fuerat ius quæsitum*, y cita mas de 20. autoridades por esta sentencia.

133 Lo segundo, pretenden inducir aceptacion expressa de que el Comendador pidiò facultad con sus padres para la venta de

Mon-

Montaluan,y aprobò,la que ellos hizieron,y este dize que es acto della, *ex l.si auia 6.C.de iur.deliber.*

134 Pero se excluye,porque el acto se determina de su fin, *l. verum,ff.de furt.l.is qui in aliena*,vers. *Nemo enim ,ff.de acquir.rer. domin.l.rē non nouā,C.de iudic.* Y siempre se deue entender segũ la naturaleza deq̃se trata,*l.insulā,ff.de præscript.verb.l. damni infecti, ff.de damn.infect.l.vnus,ff.locat.*y segun la intencion de los que le hazen,y interuinieron en él,y no mas,*l.non omnis,ff.si cert.petat. l. in agris,ff.de acquir.rer.domin.*y lo que se haze para vn fin no deue obrar contrario efecto , *l. legata inutiliter ,ff.de legat.*1.*l.*2.*ante fin.C.de iuram.calumn.l.qui hominem,§.fin.ff.de solut.* Respeto de lo qual,la intencion del Comendador en la venta de Montaluan, no fue,ni se hizo para que acetasse el mayorazgo , ni darle mayor fuerça,sino antes para venderle mas legitimamente en fauor del Marques,y no es posible que a vn mesmo tiempo pudiesse obrar vn acto fines tan contrarios.Tusch.*lit.I.conclus.*103.*num.*22.ibi: *Extende singulariter,quia licet Ecclesia non posit alienare quæsita, sed bene repudiare acquirenda, si Ecclesia cedit hæreditatem delatam, & nondum quæsitam ,valet , licet excesione indicatur præambula additio,& acquisitio,quia actus cedendi non ordinatur ad finem acquirendi,sed cedendi,& ea,quæ momento durant cum actu denotante cessionem non attēduntur*, porque fuera obrar vn efecto diuerso,y cõtrario de aquello que se haze,Tusch.vbi sup.*& lit.C.concl.* 54.*nu.* 55.D.Valenç.*cons.*133.*n.*56.*& cons.*154.*n.*22.

135 Y porque al tiempo que se defiere puede dexar de adquirirse,y la renunciacion que entonces se haze,mas es abstension, *l. qui autem ,ff. quæ in fraud. creditor.*Noguer.*alleg.*20. *num.* 82.*&* 83.*& alleg.*19.*num.*39.Y aun quando el heredero renuncia , passando la herencia en otro,por lo momentaneo del acto, no se tiene por aceptacion,sino por renunciacion , Socin. Sen.*cons.*63.*viso instrument.col.pen.& fin.vers. Et si quispiam,volu.* 3. Fanutius *de lucr.dot.glos.*8 *in textu*,verb.*lucretur,num.*17.*&* 18.y se determinò assi en el Senado de Napoles,como afirma Vincēc.de Franch. *decis.*14.*num.*25.ibi:*Hæc causa licet ex prædictis videtur dubia nihilominus his non obstantibus Sacrum Consilium iudicauit cessionem ,& donationem prædictam esse validam,quia quamuis quando quis cedit, videatur per prius acquirire , & postea cedere, vt apparet ex supra allegatis in contrarium,nihilominus cum cessio non sit principaliter ordenata,ad adeundum,& acquirendum ,sed potius ad renuntiandum, illa acquisitio momentanea non est in consideratione , & debet haberi,* per-

perinde, ac si renuntiasset ius incorporatum, Cancer. *variar. tom.* 2. *c.* 1. *num.* 130. Y quando el acto que se hazia no era con animo de adquirir nada, se tenia por renunciacion absoluta, Paul. de Castro *in l. si cum maior*, vers. *nota bonam legem. C. de repudian. hæred.* Franch. *decis.* 14. *à num.* 19. *ad* 22. Surd. *cons.* 135. *num.* 6. & 7. *tom.* 1. & *cons.* 398. *num.* 36. & 37. *tom.* 4. & *decis.* 14. *num.* 8. *in fin.* Mier. *de maiorat. part.* 1. *quæst.* 36. *num.* 58. & 59. 65. & 70. Cancer. *dict. tom.* 2. *c.* 1. *num.* 130. que todas son conclusiones que se ajustã al pleito, porque el Comendador de ninguna manera tratò de adquirir aqui nada, sino antes de que no fuesse, ni se le adquiriesse, ni se puede sacar aceptaciõ de quiẽ en todo el discuso de su vida no quiso hazerla, ni pedir nada que mirasse a aprobar el mayorazgo.

136 Lo tercero quieren deducir aceptacion tacita de dezir, que estuuo presente el Comendador, ò a lo menos se presume, y que asimismo se infiere que tuuo ciencia della, y que de vno, y de otro ay aceptacion.

Tacita acceptatio non tenet

137 Pero se responde. Lo vno, que estas son muchas especialidades, que ni se dan, ni toleran en vn negocio, *l.* 1. *C. de dot. promis.* ni vn tacito produce otro tacito, Tusch. *lit. T. concl.* 10. *per tot.* Tiber. Decian. *cons.* 49. *n.* 50. *lib.* 2.

138 Lo segundo, que de ninguna manera se ha probado, ni costa que el Comendador estuuiesse presente a la donacion, y el dezir que la presencia se presume, aunque no se pruebe, es opiniõ vana, y sin fundamento, y contra el comun sentir de los Doctores, como afirman Paulo de Castr. *in l. Titia, §. Idem respondit*, por aquel texto, *ff. de verbor. oblig.* vbi Ias. *num.* 6. & *in l.* 2. *C. de stat. & imagin.* vbi Bald. *num.* 7. Greg. *in l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *in princ.* Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 18. *num.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 165. *nu.* 1. Mier. *de maiorat.* 1. *part. quæst.* 36. *num.* 119. Sanchez *de matrim. lib.* 1. *disput.* 6. *num.* 12. vers. *Pulcrum*, & vers. *His tamen*, que responde exactamente a los fundamentos contrarios, Surd. *decis.* 215. *numer.* 2. & *cons.* 425. *num.* 44. *lib.* 3. Mantic. *de contract. lib.* 13. *tit.* 7. *lib.* 6. Cãcer. *variar. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 46. Fontanel. *claus.* 4. *glos.* 8. *à num.* 2. Hermos. *in l.* 4. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 12. Addit. ad Molin. *libr.* 4. *cap.* 2. *à num.* 76. los quales dizen bien, que si la presencia se auia de presumir en las donaciones, y de la presencia la aceptacion, no auia para que disputar, si era necessaria la aceptacion, pues siempre por este medio quedara la donacion irreuocable, ibi: *Nam si præsumereretur, frustra dubitaretur, an acceptatio esset necessaria, nec ne, cum semper acceptata esset, si præsentia præsumeretur.*

Sed aduerte

139 Y si aun estando presente a la misma donaciõ, no se presume aceptacion, como no lo diga, como afirmã Decio *in rubric. de pact.* y con otros que cita Tiraq. *in l. si vnquam*, verb. *Libertis, n.* 54. & 58. *C. de reuocand. donat.* Manuel Rodrig. *in summ. cap.* 29. *conclus.* 4. *num.* 4. mucho menos quedara aceptada, por tener noticia della, estando ausente: porque entre a probar, y impugnar se da medio, como entre querer, y no querer, Bart. *in l. iam dubitari, ff. de hæred. inst.* Innocent. *in cap. prudentiam*, §. 6. *num.* 4. *de offic. de legat.* vbi Ioan. Andr. *num.* 3. Dec. *in l. eius est nolle, ff. de reg. iur. cap. is, qui tacet, de reg. in* 6. vbi Din. *num.* 1. Surd. *decis.* 111. *num.* 7. Y si esto passa constando que està presente, mucho menos tendrà fundamento querer sacar presuncion de aceptacion estando ausente.

140 Lo otro, que en quanto a la ciencia, que quieren tambiẽ dar de la donacion, no està probada, ni que el Comendador estuuiesse en aquel tiempo en casa de sus padres, ni otro acto de que se pueda inducir, y la ciencia no se presume, sino se prueba por quiẽ la alega, *cap. ignorantia de reg. iur. in* 6. *l. verius, ff. de probat. l. hoc autem, ff. de administrat. tut.* Bald. *in l. quicumque*, *num.* 2. *C. de seruis fugit.* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 116. *num.* 35. & *lib.* 6. *præsum.* 23. *nu.* 50. & 51. Y porque quando fuesse materia conjetural, y sujeta a presumpciones, Crauet. *cons.* 193. *num.* 7. Nat. *cons.* 271. *num.* 2. Alex. *cons.* 187. *num.* 13. *lib.* 2. Ruin. *cons.* 42. *num.* 22. *lib.* 2. Gratian. *cap.* 362. *num.* 14. *tom.* 2. Es indicio, y presuncion de que no tuuo ciencia, ni quiso aceptar, el no auer hecho lo que pudo en orden a esto, en el tiempo en que pudo tener la ciencia, como era aceptarla ante aquel, ò otro Escriuano, ò protestar que queria vsar de ella, ò otro acto en que manifestasse el animo de aceptar, y quando esto falta, que tan facilmente se pudiera hazer, no se presume ciencia, ni aceptacion, sino repudiacion, *l. recusare, ff. de acquir. hæredit.* Castill. *in l.* 6. *Taur. fol.* 49. *col.* 2. *vers. Item repudiatio*, y mucho mas si passò mucho tiempo en este silencio. *Nam diuturnum silentium pro repudiatione habetur*, Gregor. *in l.* 18. *tit.* 6. *part.* 6. *glos.* 2.

141 Y porque quando la donacion tiene algunas cargas, ò grauamenes que puedan ser de perjuizio al donatario, no basta la aceptacion tacita, sino que es menester que expressamente lo haga, Ias. *in rubric. de donat. num.* 6. Anton. Gom. *tom.* 2. *variar. capit.* 9. *num.* 2. Tob. Non. *cons.* 56. *num.* 25. Pacian. *cons.* 77. *numer.* 38. & 39. Peregrin. *de fideicom. art.* 2. *num.* 63. Sanchez *de matrim. libr.* 4. *disput.* 7. *num.* 12. & *in summa tom.* 2. *c.* 8. *n.* 47. 48. & 49.

142 Y en terminos que en fundacion de mayorazgo, es necessaria aceptaciõ expressa, y nunca basta la tacita, porque puede ser grauosa, lo afirman Bertrand.*conf*.173.*numer*.10.D. Molin.*lib*.4. *cap*.2.*num*.66.*&* 69.Personal.*conf*.44.*num*.28. D.Valenç. *consil*. 119.*n*.44.ibi: *Quæ omnia ex eo maxime procedũt in nostro casu in quo agitur de maioratu, nam & si ex præsumpta acceptatione quando res est omnino vtilis, & fauorabilis donatario, secus autem in eo, quod est, vel potest esse onerosum maioratus autem non est simplex donatio, sed ob causam, quæ solet esse onerosa propter plures conditiones, & grauamina, quæ continet, vnde ad hoc, vt censeatur ius quæsitum necessaria est acceptatio expressa.*

143 Aunque fuesse la aceptacion tacita del que està presente, q̃ es la mas fuerte, D.Valenç.*dict.conf*.119.*nu*.4.ibi: *In tantum esse præcissam, & necessariam acceptationem, quod si donatio contineret aliqua grauamina non sufficeret præsentia, ad eam inducendam, aut præsumendam, si expræssè non adesset*, y entre padre, y hijo procede esto mas sin disputa, Angul.*in l*.1.*tit*.6.*lib*.5.*Recopil.glos*.5.*num*.27. que dixo: *Quod licet dicta opinio inter extraneos aliquam pateretur controuersiam, tamẽ inter parentes, & filios, verissima est donationem factam filio, aut descendenti absenti esse omnino reuocabilem*, Gratian. *c*.80.*n*.42.*tom*.1.

144 Y esta fundacion de mayorazgo contenia en si grauamenes grandes, pues demas del apellido, nõbre, y armas auia el Comẽdador de vincular su legitima, y demas desto se hallaua obligado a alimentar diez hermanos, y dotar dellos seis hermanas, que siendo, como era, hijo de los Fundadores, y ellos tambien, la obligacion era precisa, y asi pudiera causar justo reparo a qualquiera.

Articulo Quarto.

Que con la facultad Real que Fernan Yañez, y su muger sacaron para poder vender a Montaluan, queda el pleito indubitable en fauor del Marques.

145 Aunque el mayorazgo huuiera quedado irreuocable (q̃ no quedò) la facultad que obtuuieron Fernan Yañez, y su muger, y Alonso Fernandez su hijo mayor, para poder vender a Montaluan al Marques, *mem.num*.25. es remedio tan fuerte, y releuante, que no admite replica, y el no rendirse a ella es no querer reconocer la buena fee en nada, y supuesto que de su existencia, y verdad

no

 83

no se duda, porque su facultad, y vētā es la original que se entregò al Marques, y està escrita en pergamino sin vicio, ni defecto alguno, y Don Antonio no la ha redarguido, ni pudiera, porque la auia presentado primero en este pleito Antonio Fernandez, de dō de se quitò, y subtrajo, por lo qual el Marques la ha buelto a presentar despues, los efectos della son hazer libres los bienes vinculados, D. Molin.*lib*.4.*cap*.4.*num*.44. Castill.*tom*.5.*cap*.89.*nu*. 119. *col*.2.*in princ*.& *in* vers.*Secundo*, y assi en su virtud se pueden hipotecar, ò enagenar, D. Molin.*lib*.4.*cap*.3.*in princ*.& *num*.2.& 3.& *per tot*. Auendañ.*de censib*.*cap*.62.*num*.9.& 11. Marescot.*lib*.3.*variar*.*cap*.10.*num*. 148.& 149. Castill.*tom*.7.*de tert*.*cap*.41.*num*.193. vers.*Obtinuit tamen*, Noguer.*alleg*.32.*n*.145.

146 Y la venta que en su virtud se hizo al Marques, consiguiò perpetua firmeza, y quedò firme, y valida para siempre, *capit*.1.*de transact* ibi: *Vires plenissimæ noctionis ex nostra auctoritate suscipiat*, *cap*.*veniens*, & ibi glos. verb.*confirmatam*, *cap*.*statuimus*, *eod*.*tit*.*cap*.*examinata*, vbi DD.*de confirmat*.*vtil*.*vel inutil*. D. Molin.*lib*.4.*cap*.9.*num*.21.& 22.& ibi Adentes Mier.4.*part*.*quæst*.22.*à numer*.19. Caldas Pereir.*lib*.1 *receptarum sententiarum*, *cap*.23.*num*.127. Caued.*decis*.2.*num*.3.& *decis*.77.*n*.8.& 9.*p*.2.

147 Reconociendo Don Antonio la fuerça grande desta facultad, procura excluirla por diferentes oposiciones que contra ella haze; pero todas de tā poca sustancia, que si la facultad se impugnara acabada de conceder, no se atendiera a ellas como constaràn de sus respuestas, de que se podra inferir quanto menos se deuerà atender quando llegan a determinarse 150. años despues de auerse concedido, y executado.

Primera oposicion contra la facultad que fue subrepticia la relacion della, y su respuesta.

148 En dos cosas funda Don Antonio esta oposicion. La primera es, que Fernan Yañez, y su muger deuieron hazer relacion a su Magestad, de como tratauan de reuocar el mayorazgo, y no de conseruarlo, como dizen se prueba, en que Fernan Yañez auia otorgado su testamento el año de 1499. y que en el auia reuocado el mayorazgo, como queda aduertido sup. *n*.6

149 Lo segundo es dezir, que tampoco se hizo relacion especial de la clausula de no enagenar, que la fundacion del mayorazgo tenia, por la calidad que en ella estaua, de que no se pudiesse hazer, clausula de non alienar ... in maioratibus v. infra n. 159

zer, aunque fuesse con facultad de su Magestad, y estar esta confirmada por la facultad que para su fundacion se auia dado.

150 Pero se responde. Lo primero, que la facultad se presume valida, y legitimamente despachada, y a qualquiera q̄ la impugnare le toca la carga de probar lo que fuere necessario para el vencimiento della, Rota apud Farinat. *decis.* 280. *num.* 1. *tom.* 2. *in posth.* Decio *cons.* 142. *num.* 7. vers. *Et cum dicatur*, Rot. *decis.* 201. *n.* 3. *part.* 1. *recentiorum*, Ludouis. *decis.* 113. *num.* 12. Mier. 4. *part. q.* 1. *limitat.* 6. *num.* 42. & 43.

Facultatem impugnans tenetur probare vitium.

151 Y especialmente quando se impugna, por dezir, que no se expressò lo que se deuia expressar en ella, que es lo que aqui don Antonio alega, que entonces toca sin duda a quien lo propone, a diferencia de quando se contradize, porque lo que se expressò fue falso, porque entonces toca probar que fue verdadero al que la impetrò, y esta fue distincion de Abad *in cap. constitutus, num.* 4. *de rescript.* vbi Dec. *num.* 3. idem Dec. *cons.* 173. *num.* 1. & *consil.* 695. *nu.* 24. Gregor. *in l.* 1. *tit.* 14. *part.* 3. *glos.* 2. Mier. *part.* 1. *quæst.* 8. *num.* 1. Y assi por ambos medios tiene obligacion Don Antonio de probar la subrepcion que alegò, y no lo ha hecho.

idem

152 Lo segundo, porque para prouar esto se requerian dos cosas. La vna, que prouasse, que segun derecho se deuia hazer relacion de la calidad que el dize que falta, y que la ley aya determinado que se expresse, Felin. *in cap. super litteris, n.* 2. vers. *Limitatur* 1. *de rescriptis*, & *in cap. postulasti, num.* 1. vers. *Declara etiam*, *eodē tit.* Ponte *consil.* 2. *num.* 37. *vol.* 2. Fabio de Anna *consil.* 113. *à num.* 8. *lib.* 2. Curt. Iun. *consil.* 22. *num.* 11. Menoch. *de arbitrar. libr.* 2. *cas.* 201. *num.* 26. Nauar. *in manuali, cap.* 22. *num.* 86. Mier. 1. *par. quæst.* 8. *num.* 13. Garcia *de benef. part.* 8. *cap.* 3. *num.* 20. Sanchez *de matrimon. lib.* 8. *disp.* 21. *n.* 12. & 13. optime Ludouis. *decis.* 150. *num.* 2. & 11. Noguer. *alleg.* 37. *n.* 203.

idem

153 Y la otra, que si su Magestad huuiera tenido noticia destas calidades, huuiera negado la facultad, Beltramin. ad Ludouis. *dict. decis.* 150. *circa fin.* ibi: *Quod vero ad qualitates in iure non expressas probari debet quod si Papa sciuisset non concessisset, & in hoc casu, & non in alijs eorum taciturnitas viciat gratiam.*

idem

154 Y no ha prouado Don Antonio, que el derecho aya establecido, que se deue hazer relacion de la calidad que sucediò en el caso de Fernā Yañez, de que auiendo reuocado el mayorazgo por vn testamento cerrado, deuiesse hazer relacion dello quando la pidiò antes de auerse abierto. Ni tampoco ha prouado, que si se huuie-

uiera dicho, y su Mageſtad lo huuiera ſabido, dexàra de concederla, con que faltando ambos requiſitos, no ſe cometiò obrepcion alguna en la relacion.

155 Lo tercero, porque eſta calidad era de ninguna conſideracion, porque el teſtamento por ſi eſtaua expueſto a poderſe reuocar quando quiſieſſe, *l.1.ff.de teſtam.l.4.ff.de adimend.legat.* y como eſtaua ſecreto, por ſer cerrado, era lo miſmo que vna voluntad oculta en lo interior, que tuuieſſe Fernan Yañez, y eſta no obra nada, *l.ſi repetendi, ff. de condit.ob cauſam*, Surd.*conſil.*321.*num.*56. Farinat.*deciſ.*354.*num.6 part.*1.*recent.* ni tiene pena, *l.cogitationis pænã, ff.de pænis, l.1.ff.quod quiſque iuris*, ni tenia obligacion de reuelar el ſecreto del teſtamento, con que no ſe le podia hazer cargo de no auerlo dicho al Rey.

156 Lo quarto, porque al Marques, ni eſto le importa, ni ſe le deuia hazer cargo dello, porque ni ſupo, ni podia ſaber lo que el teſtamento cerrado contenia, llegò a comprar con buena fee, y en virtud de vna facultad Real que le confirmaua la venta, y la juſta ignorancia que tuuo le aſſeguraua aun con mayores circunſtancias, por la *l.teſtator.*92.*y fin.§.Maritus fin.ff.de legat.*2. donde vn marido hizo teſtamento abierto, y vn codicillo cerrado, y inſtituyò en el teſtamento por heredera a ſu muger, y mandò que el codicillo no ſe abrieſſe haſta deſpues de la muerte della, la muger en ſu vida vendiò vn predio deſta herencia, y auiendo muerto, y abiertoſe el codicillo, ſe hallò que el marido auia fundado vn fideicomiſſo deſte predio, y reſponde el Iuriſconſulto, que ſin embargo valdrà la venta, porque no deuiò prejudicar lo que el marido dexò diſpueſto en ſu teſtamento cerrado al contrato que el tercero hizo con buena fee, y aſsi Bart.*in dict.§ fin.num.*1. dixo por èl: *Iuſta hæredis ignorantia alienationem rei per fideicommiſſum relictæ, quæ ſubiacet reſtitutioni, confirmat.*

157 Lo quinto, porque ſegun la otra parte pretende, Montaluan no era de Fernan Yañez, ſino de Doña Beatriz de Montemayor ſu muger, y de ſu dote, y aſsi la reuocacion de Fernan Yañez no pudiera obrar nada en quanto a Montaluan, ni para que dexaſſe de ſer mayorazgo, porque para eſto era neceſſario q̃ le reuocaſſe Doña Beatriz, D.Couarr.*in rubric.de teſtam.*2.*part.numer.*8. D.Molin.*lib.*4.*cap.*2.*num.*84. Caſtill.*tom.*5.*cap.*67.*num.*28.*& cap.*89.*num.*117. Addent.ad D.Molin.*dict.num.*84. que hablan en mayorazgo fundado con facultad, y citan muchos, y Doña Beatriz no auia reuocado entonces el mayorazgo, y reſpeto della conſiſtia en Montaluan.

L Lo

158 Lo sexto, porque se dixo a su Mageſtad coſa mas graue que la clauſula del teſtamento cerrado, que era, que ya quando llegaron a pedir la facultad, tenian tratado, y concertado de vender a Montaluan, como de la relacion conſta, *mem. numer. 25. col. 1. in fin.* ibi: *Y que voſotros teniades aſſentado de vender el dicho Caſtillo, y Lugar de Montaluã al Alcaide de los Donceles, ò al Marques de Priego*, y eſto no obrò detencion en la conceſsion.

159 A la ſegunda opoſicion del *nu.* 1[illegible] ſe reſponde. Lo vno, que aunque Auendañ. *de cenſib. cap. 62. nu.* 11. & 12. dize, que ſe ha de hazer relacion deſta clauſula al Principe, defiende lo contrario, y que no ſe deue hazer relacion della, y con fundamentos mas ſolidos el ſeñor Molin. *lib. 4. cap. 3. à num. 29. ad* 33. a que ſe deue eſtar por ſu mayor autoridad, y le ſiguen Mier. 4. *par. quæſt.* 1. *num.* 139. y en la 4. *part. quæſt. 9. num.* 8. paſſa con la miſma opinion, y el P. Molin. *diſput. 650. num.* 2. y Caſtill. *tom. 7. de tert. cap. 41. num.* 100. dize no auer tenido fundamento Auendaño, y ſer facil de reſponder, y èl lo haze.

160 Lo otro, que eſta facultad tiene clauſulas muy exuberantes de proprio motu, cierta cienca, y poderio Real abſoluto, y por eſtas es viſto derogar qualeſquiera clauſulas que tuuieſſe la fundacion, ò priuilegio anterior, Felin. *in cap. nulli. num. 7. & 8. de reſcript.* Feder. de Sen. *conſ.* 335. *in fin.* Cochier. *de iuriſdict. in exept. part. 3. quæſt. 9. num. 9.* Barboſ. *de clauſul. clauſ. 83. num. 4. &* 24. Alexand. *conſil. 39. num. 11. lib. 5. & conſil. 187. à num. 19. & conſil.* 111. *à num. 13. lib. 6.* Tuſch. *litt. C. concl. 346. num. 10.* Menoch. *conſil.* 1. *num. 429. & de præſumpt. lib. 2. quæſt. 13. num.* 11. Ricc. *collect.* 400. *in princ.* con que queda excluido en todo eſta primera opoſicion.

161 Y aſsimiſmo quitan el vicio de obrepcion, y ſubrepcion, *cap. ſi motu proprio, de Præbend. in 6.* Sanchez *de matrim. libr. 8. diſp. 21. num.* 47. Noguer. *dict. alleg. 32. numer.* 211. idem Alexand. *conſil. 111. à n. 13. lib. 6. & conſil. 187. à n. 19. lib. 5.*

Segunda opoſicion que ſe haze contra la facultad, de que no huuo cedula de diligencias, ni citacion del inmediato, y reſpueſta de ellas.

162 Dezir que no huuo cedula de diligencias, no conſta, ni por el pleito ſe prueba, pues pudieron preceder al deſpacho de la facultad, y dan mucho fundamento, para entender que ſe hizierõ diligencias, y que antes huuo algun conocimiento, las palabras de

la

la facultad,que dizen,*mem.dict.num.25.Lo qual visto por los del mi Consejo,y con migo consultado.*

163 Lo segundo,porque la facultad se presume valida, y legitimamente despachada,y cō las solemnidades que de derecho deuen interuenir,vt sup *n.150.*

164 Lo tercero,que en vn instrumento antiguo se presume que interuinieron las solemnidades acostūbradas,aunque no conste por èl que ayan interuenido, Mier.4.*part.quæst.*20.*numer.* 172. ibi:*Secus si de solemnitatibus in instrumento non appareat, quia per antiquitatem præsumuntur*. Peregrin.*de iur. Fisc.lib.*6.*tit.*8.*numer.*26. ibi:*Nam solemnitas extrinseca ob temporis antiquitatem adhuc præsumeretur,quia extra illud instrumentum fieri potuit*, Dec.*cons.* 341. *col.*6.*& consil.*558.*in fin.* Roland.*consil.*99.*a n.*23.*lib.*2.

165 Lo quarto,porque por tocar los pleitos,disgustos,y diferencias que auia a persona tan grande como el Marques de Priego,podia el Rey tener noticia dellos , y no era necessario en este caso mas probança, ni diligencias , que su noticia para el despacho de la facultad,Noguer.*alleg.*32.*n.*209.

166 Lo quinto,porque la causa se halla , no solo confessada por los Fundadores del mayorazgo,sino tambien por el inmediato,y primero sucessor en quien se fundò,y asi eran ociosas las diligencias para la justificacion della.

167 Y en quanto a dezir que no se citò al inmediato sucessor, no tiene justificacion.

168 Lo vno,porque este era el Comendador Alonso Fernandez,que fue el primero llamado,y en quien se fundò , y èl interuino en la suplica,que se hizo a su Magestad,para que concediesse la facultad,y no es necessario citar al que sabe,y interuine en el acto,*l.*1.*ff.de act.empt.l.cum qui,ff.de reg.iur.cap.cum inter.*18. *de electìon.*cum congestis à Valasc.*lit.C.axiom.*67.

169 Lo segundo,porque no se deuieron citar los demas llamados,porque solo el primero,è inmediato sucessor es con quien se deue vsar esto en los casos que el derecho tiene propuestos, *l.*1. *§.denuntiari,ff.de ventr.inspiciend.*ibi:*Denuntiari autem oportet his quos proxima spes successionis contingit.* Et ibi : *Hæredi instituto, non etiam substituto,l.si patroni,§.fin.ff.ad Trebellian.* que dize lo mismo,*l.si suspecta,ff.de inofic.testam.*que dize , que solo se ha de citar al heredero,no al fideicomissario,Castill. *libr.*6.*capit.* 157. *à num.* 11.

170 Lo tercero,porque esta citacion del inmediato sucessor

no

no es precisa en los despachos de las facultades para enagenar bie-
nes de mayorazgo, y sin citacion dellos se dà, y vale la facultad, co
mo indiuidualmente resueluen Tapia *decis. Suprem. Consil.* 20. *nu.* 26. *cum seqq.* Ponte *consil.* 152. *num.* 5. & *seqq. vol.* 2. Marescot. *libr.* 3. *variar. cap.* 10. *num.* 155. Additionat. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 3. *nu.* 22. & 23. vers. *Dubium erit*, latè, & optimè Noguer. *alleg.* 32. *à nu.* 189. *ad* 201.

In facultatib. ad alienandum n° est necess. citare inmediatos

Tercera oposicion, que para la enagenacion no huuo causa publica, ni vtil para el mayorazgo, y sin ella no se pudo conceder.

171 Esta oposicion se excluye. Lo primero, porque la causa que en la facultad se expressò para vender a Montaluan fue, *mem. dict. num.* 25. *Que Montaluan alindaua con los terminos de Aguilar, Montilla, è la Rambla, que son del Marques, è que auia auido entre el dicho Marques, y las dichas sus villas, y vosotros muchos debates, è pleitos, è que se os auia recrecido muchas, è grandes costas, y que vosotros teniades assentado por os quitar de los dichos pleitos, y debates, de vender el dicho Lugar, y Castillo, y heredamiento de tierras de Montaluan al Alcaide de los Donceles, ò al dicho Marques de Priego, por os quitar de los grandes pleitos, è fatigas que a vosotros, y à vuestra fazienda venia, de estar en el dicho lugar heredamiento metido en las dichas Villas de Aguilar, y Montilla.*

Sed excluditur hec 3ª oppositio

172 Esta causa fue cierta, y la tiene probada el Marques, *mem. num.* 94. y lo que mas es, està articulada, y probada por parte de D. Antonio, *mem, n.* 94.

173 Fue tambien justa. Lo vno, porque fue prouecho, y vtil, porq̃ el euitar contiendas tales, pleitos, y diferencias entre personas semejantes es causa publica, *l. minor. ff. de minor. l. item si res, §.* 1. *ff. de alienat. iud. caus. mutād. fact.* Mier. 1. *part. quæst.* 3. *n.* 85. ibi: *Interest enim Reipublicæ, ne lites inter homines sint*, por los inconuenientes que dellos pueden resultar, que la dañan, y ofenden, y cosas de mucho mas inconueniente se toleran, y sustentan por la cōseruacion de la paz, *cap.* 1. 23. *quæst.* 4. Socin. *cons.* 60. *num.* 39. *vol.* 3. Angel. *in l. Imperatores, num.* 3. *ff. de pact.* Abbas *in cap. si essent, num.* 5. & 6. *de præbend.* y quita el valor justo a los predios que cōfinan, y valen mucho menos, por las diferencias, y contiendas de sus dueños, Gregor. *in l.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 8. vbi Hermos. *n.* 6.

q. causa fuit certa et justa

174 Y porque aunque el temor de pleitos, y diferencias, antes que lleguen a ser, justifican qualquier concierto, y transacion, *l.*

*l.2.C.de transact.*ibi : *Et si nulla fuisset quæstio propter timorem litis,* Mohedan.*decis.1.tit.de transact.*Seraphin.*decis.*638.*numer.* 7.ibi: *Sufficere solam suspictionem litis* , y aunque la pretension no fuesse muy justificada, Ludouis.*decis.*149.*num.*6.*in fin.* ibi : *Bene verum est, quod sufficit modica occasio dubitādi, etiam si prætensio non esset satis iuridica*, y llegando a ser, qualesquiera bastan, *l.si id quod,* §. *Si quis serui operas, ff.de donationib.int.l.cum pater,* §. *Dulcissimis* , *de leg.2.* ibi: *Cum discordijs propinquorum sedandis prospexerint, cap.nonnulli* 28.*de rescriptis, l.*19.*tit.*19.*part.*3.ibi: *Quitar deuemos a los hombres quanto pudieremos de contiendas.* Y lo que dixo Bald.*consil.*18.*num.* 1.illic: *Cum pari contendere anceps est, cum superiori furiosum, cum inferiori sordidum*, Gonçal.*in reg.* 8.§.7.*proœmiali* , *num.* 16. Socin. Iun.*consil.*60.*num.*39.*lib.*3.ibi: *Quia in rebus humanis nil pace gloriosius, nil delectabilius audiri* , *aut concuspici, possiderive solet* , y Abad *in cap.nisi essent, num.*6.*de Præbend.*ibi: *Quæ non solum in casu dubio, sed etiam in casu claro potest tollere de iure vnius, & alteri conferre si pro bono pacis hoc fecerit.* Y asi siempre ha sido esta causa bastante para confirmar transacciones sobre bienes de mayorazgos, D. Molin.*lib.*4.*c.*9,*n.*21. Mier.4.*p.q.*22.*n.*33.

175 Lo segundo, porque quando esta causa en si no fuera bastante auiendose propuesto a su Magestad con toda claridad , como ella en si era , y teniendola por bastante su Magestad, y despachado la facultad, se ha de tener por valida, porque en lo que es de derecho no se puede dezir que el Principe yerra, *cap.*1.*de const. lib.* 6.*l.omnium, C.de testam.* Bald.*in l.cum quidam, num.*11. C. *de fruct.* & *lit.expens.*ibi: *Oppono istud rescriptum fuit iuri contrarium* , *ergo non valet, solutio, hic de mero iure, & non super facto Principis rescripsi* , *ex certa sciētia, quia in iure scripto cōsciētia Principis falli nō potest.* *Socin.Sen.cons.*87.*n.*18.*vol.*3.*Felin.in c.super litteris, n.*8.*vers.Secunda regula, de rescript.vbi ex eo concludit, quod subreptio circa malam deductionem iuris communis non viciat, quia non dicitur Papa decipi, cum sciat iura, Besignet.decis.*13.*sub titul.de Præben.Beral. decis.*63. *numer.*2.*volum.*1.

176 Lo tercero, porque caso que se errara en el derecho , sin embargo la facultad produxera buena fee en los contrayentes, y hiziera valido el contrato, vt argum.*l.generaliter* , *ff.de noxal. act.* Bald.*in l.*1.*C.de furt.num.*23. Felin.*in cap.veniens, de præscrip. num.* 3. Afflict.*in cap.*1.*quæ sint Regalia, num.*127. Noguer.*alleg.*32.*num.* 141. Y basta por causa la razon, que el Principe aprueba , y su opinion, *Bald.in l.si testamentum, num.*2.*C.de testam.*donde dize: *Quod*

in Principe sat est, quod putet causam subsistere, & ex opinione sua statuat, seu mandet. Y lo propio refiriò el mismo Bald. *in l. rescripta, n.* 10. *C. de precib. Imperator. offerend.* elegantemente Ias. *cons.* 236. *n.* 9. & 10. *lib.* 2. donde dixo: *Quod solus motus Principis habetur pro iusta causa.* Y en el *num.* 11. añade: *Quod ad iustificandum motum Principis sufficit quæcumque occasio,* Petr. *de potest. Princip. cap.* 32. *quæst.* 8. principal. *ex num.* 19. Peregrin. *cons.* 4. *nu.* 24. *lib.* 1. Schrader. *consil.* 9. *à num.* 66. *ad* 72. *vol.* 1. Y en el *num.* 68. dize, que basta qualquiera razon, ò motiuo Simanc. *de Chatol. instit. tit.* 9. *numer.* 269. Pont. *cons.* 152. *num.* 24. & 25. *vol.* 2. Ciriac. *tom.* 1. *controu.* 160. *num.* 8. Noguer. *alleg.* 32. *à num.* 163. *cum seqq.* Y en el *num.* 181. funda, q̃ en estos casos basta la autoridad putatiua para que se conserue la enagenacion del mayorazgo, y no se admite probança en contrario, Abbas *in cap. quoniam Ecclesiarum, n.* 14. *de constitut.* que dixo q̃ procedia etiã si Papa rescriberet contra ea, quæ sunt iuris gẽtium, lo qual sigue, y comprueba Brun. *cons.* 1. *nu.* 13. D. Larr. 1. *p. allegat.* *Fiscal alleg.* 61. *n.* 10. & 11.

177 Lo quarto, porque quando adest dubium an causa dispẽsandi sit iusta, remanet impetrans securus, si eam Principi referat, & dispensationem impetret, & amplius inquirendum non est, quia sufficit, quod Princeps ita declarauit D. Thom. 2. 2. *quæst.* 88. *art.* 12. *ad* 2. Sanchez *in summ. lib.* 4. *cap.* 44. *num.* 6. Monet. *de commut. vltim. volunt. cap.* 6. *nu.* 111. Trullenc. *de præcept. Decalog. lib.* 3. *cap.* 2. *dub.* 7. *numer.* 20. *ad fin. pagin.* 592. *numer.* 16. & *pagin.* 591. Ciriac. *tom.* 1. *controuers.* 82. *numer.* 76. Noguer. *allegat.* 32. *numer.* 168.

178 Lo quinto, porque puede el Principe por su autoridad prejudicar, y derogar el derecho futuro de los que no han llegado a suceder, como lo defienden Bart. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, num.* 14. *ff. de liber. & posthum.* vbi Socin. *nu.* 2. Petra *de potest. Princip. cap.* 30. *per tot.* maximè *à num.* 30. vers. *Rursus, & num.* 35. vers. *Tertio, & num.* 55. vers. *Sed a præmissis,* Mart. *in summ. succes. legal. part.* 4. *quæst.* 4. *art.* 4. *in apend. nu.* 31. *ad* 39. *pag.* 91. donde latissimamente comprueba esta conclusion, & *in cap.* 4. *quæst.* 4. *artic.* 4. *num.* 31. *cum seqq.* Surd. *cons.* 407. *num.* 42. Giurb. *de succes. feud. §.* 1. *glos.* 8. *num.* 60. *pag.* 132. Ciriac. *tom.* 1. *controu.* 312. *numer.* 20. Mar. Cutel. *de donat. tract.* 1. *discurs.* 2. *part.* 6. *num.* 155. Noguer. *allegat.* 32. *num.* 174.

179 Y en terminos de facultad para enagenar bienes de mayorazgo, funda esta conclusion Gregor. Lop. *in l.* 3. *tit.* 13. *p.* 6. *glos.* 2. *quæst.*

quæst.28. Mier.*de maiorat.part*.1.*quæst*.44.*num*.76. Pont.*conf*.152.*num*.16.*& conf*.154.*num*.4.*ad* 8.*lib*.2. Rouit.*conf*.15.*n*.32.verf. *Ex quibus*,*lib*.1. Noguer.*d.alleg*.32.*n*.175.

180 Lo fexto, quando pide la facultad el poffeedor de los bienes de el mayorazgo, que entonces es mas facil el hazerlo, como es el que tiene derecho de prefente, y los demas no tienen ningun derecho en fu vida, D. Couarr.*lib*.3.*cap*.6.*num*.1. Gregor.*in l*.2.*tit*.15.*part*.2.*glof*.10.*& in l*.8.*tit*.4.*part*.5.*& in glof*. verbo *dieffe*, Burgos de Paz *in proœm. l. Taur.num*.16. Menoch.*conf*. 993.*num*.11. Rouit.*conf*.76.*num*.2.*lib*.2.*& conf*.15.*num*.34.*vol*.1.*& conf*.72.*num*.2.*& per tot.lib*.2. Noguer.*dict.alleg*.32.*num*.176. y aqui pidieron la facultad los mifmos Fundadores, y poffeedores de los bienes, y el hijo mayor que era el inmediato fuceffor, y afsi pudieron facilmente fer prejudicados los demas.

181 Lo feptimo, porque tambien fe tiene por caufa jufta de la enagenacion, el precio que fe da por ella, como refueluen el feñor Molin.*lib*.4.*cap*.3.*num*.6 verf. *Nam cum Princeps*, Tap.*decif. Suprem.conf*.20.*num*.14.15.*&* 16. Pont.*conf*.152.*num*.27.verf. *Licet quarto*, & in verf. *Cum igitur*, Noguer.*d.alleg*.32 *n*.178. y aqui fe diò por Montaluan vna partida tan confiderable, como fueron tres quentos de marauedis, y mas en aquellos tiempos, los quales, defpues de auerfe dado, fe emplearon en otros bienes, como fe dirà en la opoficion figuiente, con que efta queda excluida.

Quarta opoficion, que no confta que fe pagaffe el precio de Montaluan, y que fe fubrogaffe en otros bienes, por lo qual no confiftiò.

182 Que el precio de Montaluan fe pagaffe, cōfta por la mifma efcritura de venta, *Mem.fol*.20.*B.col*.2.*poft med*.illic: *Los quales dichos* 3.*qs.de marauedis, vos, è otras perfonas por vos, el dicho feñor Marques de Priego nos difteis, y pagafteis por cōpra del dicho lugar, è heredamiēto, è nos los recibimos de vos, è de otro por vos, è paffamos del vueftro poder al nueftro realmente, è con efecto, de que nos otorgamos, è tenemos por bien contentos, pagados, è entregados.* Y renuncian la excepcion de la numerata pecunia, y todas las leyes que fobre efto hablan, que van refiriendo efpecialmente, y efta es prueua precifa de la paga, *l*, *pecuniæ*, vbi omnes notant, *C.de folut*. Mafcard. *conclus*.361.*à num*.1.*& conclus*.1116. y con muchos Fontanell. *claus*. 4.*glof*.18.*part*.2.*num*.15. D. Valenç.*conf*.39.*num*.40.*tom*.1. Y aunque no eftuuieran renunciadas la excepcion de la non numerata pe-

pecunia, como lo està, passados dos años, no se pudiera oponer, *l. si non singuli, C. si certum petat.* y con otros muchos Hermosill. *in l. 9. tit. 1. part. 5. gloss. 5. & 6. num.* 1. pero estando como està renunciada, no solo quedan prejudicados los que interuinieron en ella, sino todos sus herederos, y sucessores, Peregrino *de fideicommiss. art. 63. n.* 51. Hermosill. *dict. num.* 1. y aunque fuessen terceros, como el mismo Hermos. con otros muchos que cita, resuelue, *num.* 44.

183 Lo segundo, se prueua la paga en las particiones que se hizieron por muerte de Fernan Yañez, entre doña Beatriz de Mōtemayor, y sus hijos, que se refiere *mem. numer.* 30. en que se dize: *Que del cuerpo de bienes se sacaron, y baxaron para la dicha Doña Beatriz del lugar de Montaluan, que traxo al matrimonio tres quentos de marauedis en que se vendiò*, y sino se huuieran pagado, no se dixera esto assi, sino que pues Doña Beatriz fue quien vendiò, se le adjudicara la deuda por efecto, ò a los hijos, y se hiziera mencion dello, pues importaua mucho mas que toda la otra haziēda.

184 Lo tercero se prueba tambien por los mismos testigos de Antonio Fernandez, *mem. fol. 75. num. 76. col. 2. in princip.* porque auiendo articulado en la sexta pregunta, que Fernan Yañez, y su muger vendieron a Montaluan contra los vinculos, y condiciones del mayorazgo, dos testigos suyos dizen llanamente, como se pagò el precio del, que son, Marina Gomez, auiendo referido que vendieron a Montaluan, prosigue: *Y que las pagas que le auian hecho auian sido en mala moneda, y pagado tarde; e pagado de aquella manera no les auia aprouechado cosa alguna.* Y Diego Mateo Gonçalez Medico, que es otro testigo, *dize lo mismo*, y si vn testigo solo prueba plenamente contra quien le presenta, *l. si quis testibus, C. de testib.* Farinat. *de testib. quæst. 62. num.* . y aqui que ay dos, plenissima probança viene a ser dello.

185 Lo quarto, porque virtualmente Antonio Fernandez cōfessò lo mismo, y que el precio se auia pagado a sus abuelos en las posiciones q̃ la Marquesa D. Catalina le puso, porq̃ auiendole pregũtado, *mem. fol. 67. B.* q̃ se hizierō los dineros que se dieron por la villa de Montaluan, y quien los recibiò, y de cuya mano, y si se cōprarō algunos bienes rayzes de todo, ò parte dello? respondiò: *Que no sabe, ni ha oido dezir lo que se hizo de los dineros que se dierō por la enagenacion de la villa de Montaluan, y de lo demas que con ella se vēdiò, y que cree, que pues la enagenaron sus abuelos, que quien la enagenò recibiria el dinero del precio que por ella se diò, y no sabe de cuya mano se recibiò, y lo que con ella se comprò, y se remite a las escrituras que sobre ello se otorgaron.*

Cor

Con que por la declaracion, y por la relacion confiessa el recibo del dinero.

186 Por la confession, porque las palabras, *cree, y recibiria*, se tienen por de afirmatiua, y como tales se prejudican. Y porque sino se huuiera pagado, los abuelos lo huuieran pedido, y quexadose dello, y el Comendador su hijo huuiera hecho lo mismo, y quando los vnos, ni los otros no lo huuieran querido pedir, para que no se puede dar fundamento alguno, Antonio Fernandez q̃ puso la demanda lo huuiera ponderado por nulidad, ò mayor facilidad para la rescision que intentò de la venta, ò lo huuiera respondido aqui quando especialmente se le preguntò. Pero no auerlo hecho asi ninguno, ni el mismo demandante, sino respondido lo que se ha referido, es prueba manifiesta de que se pagò.

187 Y por la relacion que hizo a las escrituras que sobre ello se otorgaron, tambien lo confessò, porque en la de la venta de Mõtaluan està puesto el recibo del precio llanamente, y lo referido està en el referente con todas las calidades que tiene, auth. *si quis in aliquo, C. de edendo cum cõgestis*, D. Larrea *alleg. Fiscali 75. num.* 13. *tom.* 2. y mas auiendo presentado esta escritura el mismo Antonio Fernandez, con que viene a quedar, no solo prouado con euidencia que el precio de Montaluan se pagò, y queda excluida la primera parte de la oposicion.

188 La segunda es dezir, que no consta que se subrogasse en otros bienes el precio de Montaluan, y que por esto no se cumpliò con el tenor de la facultad, y que la venta fue nula.

189 Pero se responde. Lo primero, que en quanto a esto està la regla, y la disposicion del derecho en fauor del Marques, que segun èl el cuidado de q̃ se subrogue, y emplee el dinero, toca al vẽdedor que recibe el precio, pero no al comprador que lo paga, *l. fin. ff. de exercitor. action.* ibi: *Etenim non opportet creditorem ad hoc adstringi, vt ipse reficiendæ nauis curam suscipiat, & negotium domini gerat, quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectione erogatam esse, l.* 1. *§. Non autem, ff. eod.* ibi: *Si hac lege accepit quasi in nauem impensurus, mox mutauit voluntatem teneri exercitorem, l. liberto in princip. ff. de negot. gest.* ibi: *Etiam si pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio, l. sicut, §. illud videmus, ff. quib. mod. pign. vel hipot. soluitur*, y lo comprueban Bart. *in l. doli mali, num.* 7. *&* 8. *ff. de donat. & in l. alio, nu.* 24. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Dec. *cons.* 36. *numer.* 8. y procede lo mismo en la venta de bienes de mayorazgos, como constantemẽte defienden el señor Molin. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 32. P. Molin. *de iust.* t.

Subrogatio non incumbit emptori sed venditori usq. ad n. 207.

*& iur.tractat.2.disput.651.num.*1.Surd.*decis.*156.*numer.* 9. & ibi Hodier.Grego.*in l.*63.*tit.*18.*part.*3.*glo.*4. *& in l.* 3.*glos.fin.tit.*1.*p.* 1.Pinel.*in l.*2.*part.*2.*capit.*4.*numer.* 66. *ad* 70. *C. de rescindend.* Cacheran. *decis.*171. *à numer.*4.Alexand. Ludouis. *decis.*511.*nu.* 9.Cæsar. Manent.*cons.*17.*per tot.*Auendañ. *de censib. cap.*64.*num.* 14. Addent.ad D. Molin.*lib.*4.*cap.*4. *à nu.*20. *ad* 24.Noguer.*alleg.* 14.*num.*45.D.Larrea *allegat.Fiscal.tom.* 2.*& alleg.* 75.*num.*16.

190 Lo segundo, porque quando para esta duda se huuiesse de atender como deue al tenor de la facultad en cuya virtud se vende, como reconociò el señor Molina *lib.*4.*cap.* 4.*numer.*23. *in fin.*ibi:*Vt forma eiusdem facultatis obseruetur.* Et ibi:*Iuxta facultatis tenorem*, las palabras desta facultad, *mem.fol.*25.*B.in fin.* hablando el Rey con Fernan Yañez, y Doña Beatriz su muger, y Alonso Fernandez su hijo, que fueron los que se la pidieron, dizen: *Con tal condicion, que en lugar del dicho Lugar, Castillo, heredamiento, è tierras de Montaluan, que asi aueis de enagenar, è sacar del dicho vuestro mayorazgo, lo que por ello se vos diere lo ayais de comprar, è compreis en bienes rayzes, è lo ayais de meter, è pongais en el dicho vuestro mayorazgo, con las condiciones, è vinculos, è sumisiones que tienen los otros bienes dèl.*

191 Y la resolucion del señor Molina es, que si la facultad mandare que se deposite, con depositar se cumple, sin tener necessidad de cuidar de mas; pero este no es nuestro caso, porque la facultad no manda nada, en quanto a que se haga deposito.

192 El otro caso que considera es, quando la facultad permite que se entregue al mismo posseedor, y a èl le impone la obligacion de que haga el empleo, que en este caso dize, que sin duda ninguna cumple con entregarselo, aunque el vendedor no lo subrogue ni emplee, sino que lo conuierta en otra cosa, *dict.nu.*23.illic: *Quod si ex Regia facultate pecunia non præcipiatur deponi, sed tradi maioratus possessori, vt ex illa aliquid faciat, emptor nihil aliud facere tenebitur, quam illam maioratus possessori tradere in causam à Regia facultate permissa, securusque erit, etiam si illam in aliam causam conuerterit*, y los Adicionadores alli dizen, que este es caso indubitado, y lo tienen tambien P. Molin.*de iust.tract.*2.*disp.*651.*à num.*1. Auendañ.*de censib.c.*64.*n.*14.

193 Y aun los Adicionadores se contentan con menos, porque solo con permitir al posseedor, que pueda vender, y que del precio haga el empleo, basta esto, aunque no se permita expressamente, que se le entregue el dinero, ibi: *Et simili modo si solum in facul-*

cultate concedebatur possessori vendere id posse, vt tale, vel tale quid ex precio efficiat, securus erit emptor, tradendo precium illi possessori.

194 Especialmente si el empleo se le huuiere puesto por palabras que induzgan modo, y no condicion, suponiendose que lo auia de hazer, despues de cobrado el precio, que en este caso se cũple tambien con entregarse el dinero, sin que se le pueda imputar despues la falta de el empleo, como con Surdo a quien refiere, resuelue D. Larrea *tom. 2. allegat. Fiscal 75. num. 18.* ibi: *Quando subrogatio non est adiecta in vim conditionis, sed in vim modi.*

195 Y todas estas limitaciones se ajustan a la facultad, en fauor del Marques, y contra don Antonio: porque en ella demas de no mandarse depositar, se permite expressamente que se entregue el precio a los vendedores, ibi: *Lo que por ello se vos diere*, con que le conuiene la limitacion del *num. 192.* Y tambien se les encargò el empleo, y la subrogacion, ibi: *Lo ayais de comprar, y compreis en bienes raizes, y los ayais de meter, y pongais en el dicho vuestro mayorazgo*, que son correspondientes a la del mismo *num. 192. & 193.* Y tambien se puso por modo, y no por condicion. Lo vno, porque la palabra, *con tal condicion*, importa modo, *l. Mauia de manumiss. testam. l. Caius, ff. de manumissionib. l. debitori, C. de pactis*, Tiraquell. *de retract. conuentional. §. 2. gloss. 1. num. 76.* D. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 5.* Y porque la calidad de subrogar, se puso para despues de cobrado el precio, que tambien es modo preciso, Bart. *in l. quibus diebus, §. Termilius, nu. 1. ff. de condict. & demonstrat.* D. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 4.* & ibi Addent. con que se ajusta la limitacion del *num. 194.*

196 Respeto de lo qual no tiene fundamento alguno pretender que corrio por quenta del Marques el cuidado de la subrogacion; pues tiene en su fauor la regla, y todas las limitaciones, y porque fuera cosa iniqua, que no tuuiera defensa para dexar de entregar el dinero a los vendedores, ni la facultad se la da, y que despues de entregado huuiesse de quedar por su quenta la subrogacion que ellos podian dexar de hazer, gastandolo en otra cosa.

197 La vltima respuesta es, que quando corriera por quenta del Marques esta obligacion, ay en el pleito probança bastante de que se subrogò el precio de Montaluan, por los compradores en otros bienes, lo qual se prueua.

198 Lo vno, por los testigos de la prouança de la Marquesa doña Catalina, que respondieron a la *pregunta 6.* y estan *Mem. fol. 77. & 78.* que refieren edificios, aderezos de casas, azeñas, y otras he-

heredades, y dote de vna hija que dieron, y que publicamente se dezia, que todo aquello se hazia con el dinero que auian cobrado de la venta de Montaluan, y este modo es bastante prueua dello, considerando la dificultad que tiene.

199 El segundo medio desta prueua, es vn testigo de la informacion contraria, que es Iuan Pacheco, Procurador de causas, que presentado por Antonio Fernandez, *Mem. fol. 75. B. in fin. nu. 77.* dixo, que oyò dezir a Garci Mendez (que fue hijo de Fernan Yañez) *que el donadio de Albarrin que aora tiene Fernan Yañez nieto del dicho Fernan Yañez de Badajoz, se comprò de los marauedis que se cobraron de la venta de Montaluan*, y prueua plenamente contra Antonio Fernandez que le presentò, aunque deponga de oidas cõ muchos Farinat. *quæst. 69. n. 57. cum seqq.*

200 Prueuase mas con la deposicion de vn testigo, que se halla en vna relacion de vn pleito, porque el original falta con otros muchos papeles que se han quitado, que dize, *Mem. num.* 83. *Que vio, que ante Pedro Suarez escriuano publico de Ezija, por aquel tiẽpo de la venta de Montaluan se otorgauan cartas de ventas de casas, que vezinos de Ezija vendian à Fernan Yañez de Badajoz, y que dicho Pedro Suarez dezia que las compraua del precio que le auian dado por Montaluan, y luego las boluia a dar a tributo perpetuo, y dezia el dicho Pedro Suarez, que todo era para el dicho Alonso Fernandez hijo del dicho Fernan Yañez, a quien el testigo le vio hazer muchas de las dichas compras, y que fuesse del dicho dinero se dezia publicamente.*

201 Lo quarto se comprueba, juntando dos testimonios que en este pleito se refieren en los *numeros* 36. *y* 55. porque en el *num.* 36. *fol.* 34. se dize: *Que para probar la parte del Marques, que el precio que se diò por la villa, y Castillo de Montaluan, se auia subrogado en bienes rayzes, que oy eran muy valiosos, pidiò que el Receptor que iba a las probanças, compulsasse todas las escrituras de compras de bienes rayzes, y censos que auian hecho, y otorgado Fernan Yañez de Badajoz, y Doña Beatriz, desde los años de* 500. *hasta el de* 507. *y se mandò assi. Y anque consta auerse requerido al Receptor las compulse a parte, y dize que lo harà assi, no parece, ni consta auerse traido, ni presentado escrituras algunas deste genero, ni las ay en el pleito, y este es otro de los instrumentos que el Marques pretende se han subtraido de el pleito.*

202 A esto se añade lo que se refiere *mem. num.* 55. que ay demas desto, certificacion deste Receptor, *que auia ido a hazer la compulsa*

pulsa destas escrituras de las compras que se auian hecho del precio de Montaluan, que certifica las compulsò, y corrigiò, y tambien faltan del pleito, y assimismo consta por el *num*.49.*y* 55. que faltauan la venta de Montaluan, que se auia presentado la particion de Doña Beatriz de Mõtemayor en 63 pliegos: y en el rollo, y otras pieças faltauan muchas ojas, y diò informacion el Marques, *num*.53. de como los Agentes de Don Antonio auian tenido el pleito en su poder, y consultado los Abogados.

203 Y si la presumpcion de derecho es, que subtrae, y oculta las escrituras, quien recibe vtilidad dello, y a quien le importa que no parezcan, Bart.*in l.fin.num*.5.*ff.de quæstionib*. Bald.*consil*.80.*nu*. 1.*vol*.3.Curt.Sen.*consil*.55.*in fin*.Surd.*cons*.512.*num*.5.*&* 6. *libr*.4. Mascard.*concl*.831.*num*.12.Farinat.*de falsitat.quæst*.153.*nu*.200. *& in prax.tom*.4.*quæst*.176.*num*.89.*& cons*.23.*nu*.13.*tom*.1.*&* 43. *num*.25.*&* 111.*num*.20.*&* 201.*num*.16.*& decis.crim*.368.*numer*.6. Gonçal.*in reg*.8.§.6.*in præem.num*.161.D.Larr.*alleg*.56.*num*.7.*& alleg*.95.*num*.28.

204 Como por el contrario no se presume la subtraccion en aquel que no recibe vtilidad dellâ, Siluan.*consil*.7.*num*.11.*& sequentib*.Gratian.*cons*.59.*num*.6.*lib*.1.Menoch.*lib*.5.*præsump*.20.*n*. 48.Farinat.*cons*.151.*n*.8.*lib*.2.

205 Bien se reconoce, que quien quitò, y subtraxo estos papeles, han sido Antonio Fernandez, y sus sucessores, y sus agentes, y solicitadores, y assi es justo que les comprehendã las penas que esto tiene, que es perder la causa, Boer.*decis*.291.*numer*.8.Gratian. *cons*.99.*num*.32.*lib*.1.Farinat.*cons*.129.*nu*.8.*tom*.2.*& de falsitat. quæst*.150.*numer*.33.*& de testib.quæst*.68.*num*.139. Y que se defiera en el juramento in litem de la parte el daño que le huuiere sobreuenido por la subtraccion, y ocultacion dellos, *capit.si quis de Clericis el* 1.*y el* 2.12.*quæst*.2.Felin.*in cap.accepimus,num*.5.*&* 13.*in fin.de fide instrum*.Crauet.*cons*.6.*num*.8.Roman.*sing*.381. Plot.*in l.si quando* 43.*num*.2.*&* 3.*C.vnde vi*, Farinat.*cons*.43.*per tot.præcipue,num*.113.*&* 120.

206 Respeto de la qual en exclusiõ desta oposiciõ, se ha de tener por probado en fauor del Marques. Lo vno, el pago de los tres quentos del precio de Montaluan, por estarlo plena, y concluyentissimamente. Y lo otro, la subrogacion en otros bienes deste mismo precio, de que se ha de tener la que ay por probança bastante, y por perdida la causa por la subtraccion destos papeles.

207 De que tambien se infiere ser pretension sin fundamento

alguno,la que aora se suscitò, de que a lo menos los 8U. ducados del precio de Montaluan, se le auian de pagar a Don Antonio despues de 150. años, que sus terceros abuelos confessaron auerlos recibido de los compradores, y quando demas desto ay tanta probança de que con efecto se pagaron, y mas no auiendo sido la demanda primera por esta cantidad, ni pedidola en ella, a que deue corresponder la sentencia, *l. vt fundus, ff. commun. diuid. cap. licet Hali, de simon.* con que por todos medios se deue desestimar.

Respondese a otras oposiciones que se hazen contra la facultad.

208 Vna es dezir, que no se vendiò Montaluan en almoneda publica, ex D. Molin. *lib.* 4. *c.* 3. *n.* 44. *&* 45.

209 Pero se excluye, con que esto no es preciso, y haziendose en su valor, y sin fraude, se tolera, ex D. Molin. *libr.* 4. *cap.* 3. *num.* 45. *in fin.* P. Molin. *tract.* 2. *disput.* 650. *n.* 5. y aqui se hizo asi, y no consta de dolo, fraude, ni engaño alguno.

210 Otra es, que esta facultad la diò el señor Rey Don Fernãdo solo, auiendo de interuenir en el despacho tambien la señora Reyna Doña Isabel.

211 Pero se excluye, con que no consta que asi huuiesse de ser, ni que el señor Rey Don Fernando solo vn despacho ordinario, como este era no lo pudiesse conceder, y que la presumpcion està por la facultad, porque se presume que se despachò en el estilo, y con la solemnidad que se deuia, ex dictis sup. *num.* 150. y q̃ aun quãdo huuiera de interuenir en este despacho, se auia de tolerar sin esta calidad, porque la facultad se despachò en 22. de Otubre del año de 1504. como della consta, y la muerte de la señora Reyna fue en Medina del Campo, en 26. de Nouiẽbre de 504. que es vn mes, y quatro dias despues, y dizen los Historiadores, que auia estado enferma mucho tiempo antes de vna enfermedad grauissima, y muy larga, Garibay *en su compendio historial, lib.* 19. *cap.* 16. Zurita *en los annales de Aragon, tom.* 5. *lib.* 5. *cap.* 84. con que vendria a estar muy enferma en el tiempo del despacho, y asi no interuendria en èl.

212 Con que todas las oposiciones que se hazen contra la facultad, quedan en si desvanecidas, y excluidas por legitimos fundamentos de derecho.

Re-

Refierese en vltimo lugar la fuerça del trāscurso del tiempo que es bastante, no solo para quitar las nulidades, sino todo el derecho en lo principal.

213 Diez años tuuieron por bastāte, para que despues dellos no se pudiesse dezir de nulidad contra las facultades del Principe, especialmente en los vicios que miran a obrepcion, y subrepcion, Peregrin. post alios *cons*. 33. *num*. 3. *lib*. 4. Fusar. *de substit*. *q*. 408. *nu*. 179. Ciriac. *tom*. 2. *contron*. 208. *n*. 15.

214 Y treinta años fue el mas largo tiempo que otros pusieron para poder oponer contra ellas qualquiera nulidad que fuesse, y en los passados no dexan entrada para que se pueda dezir de nulidad cōtra facultad alguna, Mier. *de maiorat*. 1. *p*. *q*. 6. *n*. 1. Marescot. *lib*. 2. *variar*. *cap*. 99. *nu*. 4. Dom. Molin. *lib*. 4. *cap*. 9. *n*. 37. ibi: *Hæc autem remedia, seu actiones, quæ aduersus transactiones intentari posse, diximus, triginta annis finiūtur, neque vlterius protrahi valent, cū nulla actio, siue personalis, siue realis, siue mixta in longius tempus protrahatur, sed omnes eo tempore deperire soleant, l. sicut, C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, y se les quitò todo defecto, Menoch. *consil*. 73. *num*. 4. *vol*. 1. Fachin. *cons*. 73. *num*. 14. *lib*. 1. Rimin. Iun *cons*. 23. *nu*. 139. *vol*. 1. *&* *cons*. 562. *n*. 36. Afflict. *decis*. 40. *n*. 12. D. Couarr. *in regul. possessor*. 2. *p*. §. 8. *n*. 3.

215 Los mesmos diez años bastan para la prescripciō de los bienes de mayorazgo, en lo principal, quando no es constante, y llano que lo sean, sino dudoso, y ofuscado, porque no constando claramente de la calidad de mayorazgo, que es la que lo saca de la regla, quedan sujetos a la prescripcion ordinaria, y a los demas efectos de libres, *cap. super eo de Parroch. l. in bello*, §. *Si quis seruū, ff. de captiuis, & postlimin. reuers*. Put. *in tract. de finib. feudor*. *cap*. 27. Auendañ. *in l*. 46. *Taur*. *glos*. 6. *n*. 13. D. Mol. *lib*. 4. *de primogen*. *c*. 9. *n*. 6. *&* *lib*. 2. *c*. 6. *n*. 57. *&* 58.

216 Quarenta años con titulo equiuale a prescripcion inmemorial, y deue admitirse aunque resista el derecho comun, *capit*. 1. *de præscriptionib*. *in* 6. *cap*. *cum personæ*, §. *Si tales*, *de priuileg*. *in* 6. *l*. 8 *tit*. 14. *part*. 1. *l*. 1. *tit*. 10. *lib*. 5. *Recopil*. vbi Matienço *gloss*. 29. *numer*. 4. *&* 5. Domin. Molin. *lib*. 2. *capit*. 6. *à numer*. 51. Y en terminos de prescribir bienes de mayorazgo contra los sucessores, tradunt Mieres *de maiorat*. 4. *part*. *quæst*. 21. *num*. 54. *vers*. *Sed an quæ dicta*, Burgos de Paz *cons*. 41. *à num*. 1. Dom. Couarr. *in regul. possessor*.

*for.2.part.§.2.num.*8.*&* §.3.*num.*4.*verʃ.Eadem ratione*, Auendañ *in l.*41.*Taur.gloʃ.*6.*n.*6.

217 Cien años tienen aſsimiſmo fuerça de preſcripcion inmemorial, Cino *in l.*2.*C.de ſeruitutib.& aqua,quæſt.*10. Cœpola *de ſeruitutib.vrbanor. cap.* 19. Balbo *de præſcriptionib.*2.*part.* 5. *part. principalis,quæſt.*6.*numer.*24. Anton. Gabriel *lib.*5.*communium,titul.de præſcription.concl.*1.*n.*71.*&* 73. Simon de Prætis *conſil.*75.*numer.*2.*&* 3. Natta *conſil.*446.*numer.* 11. *& conſil.* 456. *numer.* 10. Mandell. de Alua *conſil.*64.*numer.*58. Rota *deciſ.*545.*num.* 2. *part.* 1.*& deciſ.*210.*&* 214.*libr.*) .*part.*2.*in nouiſsimis,& deciſ.*243.*&* 713.*libr.*3.*part.*3. Farinat.*deciſ.*584.*part.*3. Roland.*conſil.* 100.*numer.*99.*lib.*4. Maſcard.*concl.*429. Monet.*de decim.cap.*8.*q.*3. *num.* 75. & alij relati à. D. Valençuel.*conſ.*79.*num.*121. D. Solorçan. *de Indiar.iur.lib.*3.*cap.*3.*num.*73. que aun dize que es mas fuerte que la inmemorial.

218 Y ſi la poſſeſsion fueſſe de mas de 130. ò. 140. años, es mas ſin duda que ſe tiene por inmemorial; como afirman Natta *conſ.*446.*num.*11.*& conſ.*456.*num.*14. Rota *deciſ.*543 *part.*1.*diuerſor.* Burſat.*conſ.*160.*lib.*2.*per totum.* Y ſupueſto que deſde la facultad, y venta que en ſu virtud ſe hizo al Marques, que fue por el año de 1505. haſta que Don Antonio de Yneſtroſa ſiguiò eſte pleito, que fue por el año de 1646.*mem.num.*4) . han paſſado mas de ciento y quarenta años, bien ſe ajuſtan al caſo dèl todas las doctrinas haſta aqui referidas, y que el derecho en lo principal quedò preſcripto, ò por la preſcripciõ ordinaria, por la duda que ay, de ſi conſiſtiò el mayorazgo que ſe fundò de Montaluan por la quadragenaria con titulo, y por la de cien años, y mas, que tienen fuerça de inmemorial.

219 No obſtaran contra todas eſtas concluſiones lo que ſe podrà oponer, de que la demanda de eſte pleito la puſo Antonio Fernandez en quatro de Febrero de el año de 1540.*mem. num.*38. y que por ella ſe interrumpiò la preſcripcion, aun antes que llegaſſe a ſer de quarenta años, y ceſſaron ſus efectos, *l.motæ litis,C.de rei vindicat.cap.placuit,*§.*Poteſt* 16.*quæſt.*3. Domin. Couarr. *in regul. poſſeſſor.*2.*part.*§.12.*num.*1.*in fin.* Barboſ.*l.cum notiſsimi,*§.*Imò, n.* 13.*C.de præſcript.* 30.

220 Porque ſe excluye. Lo primero, que el pleito le puſo Antonio Fernandez de Montemayor a la Marqueſa Doña Catalina, y la interrupcion ciuil, como eſta lo es, non prodeſt niſi interrum-

rrumpenti, neque nocet respectu aliorum, *l. intra quatuor, ff. de diuers. & temp. præscript. l. 2. §. fin. ff. de statu defunct.* Bart. *in l. naturaliter, numer.* 19. *ff. de vsucap.* Padilla *in l. 2. numer.* 83. *C. de seruitut. & aqua,* Petrus Barbos. *in l. sicut* 3. *numer.* 287. *& in l. cum notissimi* 7. *§. Imò, numer.* 16. *&* 17. *C. de præscript. trigin. vel quadraginta annorum,* Castillo *tom.* 7. *capit.* 35. *numer.* 7. *ad* 8. Y assi no puede Don Antonio valerse della, y mas auiendo alegado, que no es heredero de Antonio Fernandez que la puso, ni puede prejudicar al Marques, que tampoco consta que lo sea de la Marquesa Doña Catalina.

221 Lo segundo, que quando la parte que pone el pleito le dexa, y desampara por mucho tiempo, tambien cessan los efectos de la interrupcion, Balb. *de præscript. part.* 6. *quæst.* 4. principali, *numer.* 22. Menoch. *consil.* 230. *à numer.* 6. *libr.* 3. Surdo *consil.* 500. *numer.* 2. *libr.* 4. Castillo *dict. tom.* 7. *capit.* 35. *numer.* 12. *&* 13. Barbosa *in l. fin. C. de præscript. trigint. à num.* 21. *ad* 30. Y aqui se dexò este pleito por tiempo que despues de la sentencia de vista se passaron nouenta años sin proseguirlo, con que no solo cessaron los efectos de la interrupcion, sino que huuo despues tiempo bastante para boluerse a introducir, y perfeccionar de nueuo la possession quadragenaria con titulo, Barbos. *in dict. l. fin. n.* 7. *&* 8. *C. de præscript.* 30.

222 Lo tercero, y vltimo, que qnando la sentencia del pleito se pronunciò contra el actor, entonces tampoco se tiene por interrumpida la prescripcion, ni queda prejudicado por ella, argument. *l. euidenter, ff. de exception. rei iudicat.* & tradunt Felin. *in cap. illud in fin. de præscript.* & ibi Parisius *numer.* 20. Balbus *de præscrip. part.* 3. *principalis, quæst.* 4. *numer.* 37. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 58. *glos.* 7. *num.* 73. Curt. Iun. *consil.* 213. *in fin. lib.* 3. Dom. Couarr. *in cap. possessor.* 2. *part.* §. 12. *num.* 4. *vers. Secunda conclusio ad med.* Balbo *de præscript. dict.* 3. *part.* 6 *princip. q.* 4. *n.* 37. Castill. *in l.* 63. *Taur. num.* 42. Menoch. *consil.* 308. *à num.* 57. *lib.* 4. Petr. Barbos. *in dict. l. fin. num.* 30. que tambien se ajusta a este caso, pues la sentencia de vista se pronunciò en fauor de la Marquesa, dandola por libre, y ay algunas conjeturas de que el pleito se acabò, y de que se confirmo en reuista.

223 Pues si Don Antonio tiene necessidad para poder vencer en este pleito de justicia clara, y notoria en todas las questiones principales que inciden en èl, porque en caso claro contrario, y en caso dudoso, ha de vencer el Marques, como que-

da probado *sup. à num.* 31. *ad* 34. *&* 38. bien se reconoce por el discurso desta informacion, que tan lexos està de mostrarlo, que antes quien tiene la notoriedad contra èl es el Marques, y juntandose a esto el trãscurso de tanto tiempo como ha passado, que como dixo Bald. *cons.* 262. *nu.* 2. *in fin. vol.* 1. *fuisset interuertere mundum*, dar lugar a semejantes pretensiones, y le refieren, y siguen Ramon. *cons.* 37. *n.* 50. Castill. *de tert. c.* 7. *n.* 10. no se deue tener atencion alguna a esta pretension, sino confirmar las sentencias de vista, y reuista de la Chancilleria, que por tantos Iuezes, y con tanto acuerdo se dieron. Salua en todo. D. S. C.

Lic. D. Iuan Muriel.